

DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA ACTUAL

Carlos Fernández Sessarego*

1. IMPORTANCIA DEL DAÑO A LA PERSONA EN LA ÉPOCA ACTUAL

En 1991 Tunc expresaba, con razón, que el daño a la persona es el campo más importante de la Responsabilidad Civil tradicional en los tiempos que corren¹. En el mismo año, desde la Argentina, Mosset Iturraspe llegaba a similar conclusión. En las páginas de la tercera edición de su valioso libro "El valor de la vida humana" el profesor argentino afirmaba que "los aspectos más sobresalientes, a nuestro juicio, en las cuestiones generales de la temática (sobre la Responsabilidad Civil), son dos: la aparición del denominado **daño a la persona** y el afianzamiento de la nueva comprensión y alcances del **daño moral**"².

Adherimos, con viva convicción, a las expresiones vertidas, entre otros, por Tunc y Mosset Iturraspe. Hace cerca de dos décadas tuvimos la oportunidad de asistir desde Italia -donde residíamos por aquel tiempo- a los primeros, inciertos y controvertidos desarrollos del daño a la persona. Seguimos de cerca y con la mayor atención los iniciales titubeos de la jurisprudencia así como la precursora lucidez con la que algunos privilegiados y escasos autores, como sería el caso de Francesco Busnelli, afrontaron la cuestión y contribuyeron, con decisivos aportes, a desbrozar el tema de la Responsabilidad Civil por daños a la persona. Ante este "descubrimiento" tuvimos la sensación de que se iniciaba una nueva

El ser humano puede considerarse como una unidad sicosomática sustentada en su libertad. La libertad es el núcleo existencial de la persona que es indisoluble de su particular envoltura sicosomática. De esta manera, el daño subjetivo o daño a la persona puede sistematizarse, por la naturaleza bidimensional del ser humano, en daño sicosomático y daño a la libertad. Teniendo como base una concepción personalista del ser humano, el doctor Fernández Sessarego, autor del presente artículo, ha sido precursor y promotor infatigable de la nueva teoría del daño a la persona y de la diferencia conceptual entre el "daño a la persona" y la añeja y ya obsoleta idea del "daño moral". Sus ideas han tenido gran acogida en diversos países, de manera que desde la década de los ochenta hasta la actualidad es mucho lo que se ha progresado en la materia concerniente al daño a la persona. Es así que el doctor Fernández Sessarego analiza en este ensayo el desarrollo de la sistemática del daño a la persona en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana contemporánea.

* Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima.

¹ TUNC, A. *Le visage actuelle de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé*. En: *Développements récents du droit de la responsabilité civile*. Zurich, 1991. p. 21-40. Citado por: De ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

² MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*. 3ra. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991. p. 327.

época para el Derecho en la que se revalorizaba al ser humano frente a la incomprensión y marginación en que lo había confinado el individualismo-patrimonialista dentro de una óptica materialista del mundo y del hombre. Comprendimos, entonces, la importancia y actualidad del tema y nos sumamos rápidamente al grupo de autores que postulaban la necesidad de seguir investigando en esta materia así como urgían a trabajar para que los juristas y los jueces de este tiempo compartieran estos puntos de vista. Es oportuno recordar que el daño a la persona encuentra su fundamento en una concepción humanista del Derecho. Es decir, en una corriente personalista que proclama que el ser humano -la persona- es el centro y el eje del derecho. En dos palabras: su razón de ser.

Lo expuesto constituía motivo más que suficiente para que nos dedicáramos al tema con la pasión del convertido. La causa lo justificaba. Fue así como hemos venido tratando sobre el daño a la persona desde la década de los años 80, habiendo escrito sobre este asunto diversos ensayos publicados en el Perú y en el extranjero.

En ellos hemos incidido en diversos aspectos de esta novedosa materia³, en especial en lo relativo a su fundamentación, a la nueva sistemática del daño a la persona y a la diferencia conceptual entre “daño a la persona” y “daño moral”. Nos hemos preocupado por distinguir, en líneas generales, los diversos daños que se pueden ocasionar al ser humano -incluyendo al concebido- como una unidad sicosomática sustentada en su libertad- y que, hasta hace poco, eran prácticamente ignorados por el Derecho. En dichos ensayos hemos hecho hincapié en el carácter satisfactivo de la reparación de los daños a la persona de consecuencias no patrimoniales y en los diversos parámetros que se utilizan en algunos países para valorar y liquidar tales perjuicios. Hemos también llamado la atención sobre la necesidad de que el juez desglose los diversos

daños a la persona en el momento de valorarlos y liquidarlos. El precursor desarrollo de la noción de **daño al proyecto de vida** ha sido, tal vez, una de las cuestiones que, por su novedad absoluta, atrajo poderosamente nuestro interés.

Desde la década de los ochenta a la actualidad es mucho lo que en ciertos países se ha progresado en la materia concerniente al daño a la persona. Dentro del ámbito latinoamericano ello es notorio especialmente en el Perú y en la Argentina. Así lo testimonia la creciente bibliografía dedicada al tema. Este avance se podrá apreciar de la breve referencia que haremos en este trabajo de la actual doctrina y de la glosa que efectuamos de algunas recientes sentencias dictadas en dichos países. Ellas representan, como se verá, textos precursores dentro de una naciente tendencia, que se consolida día a día, destinada a resaltar el lugar jerárquicamente preferente que ocupa el daño a la persona frente al daño objetivo o daño a las cosas.

A través de dichos fallos se podrá aprehender cómo en la jurisprudencia se empieza a desglosar los diversos daños a la persona para proceder a indemnizar independientemente cada uno de los perjuicios causados. Es decir, a tratar autónomamente cada una de las voces en las que se ha sistematizado el daño a la persona -como son los diversos aspectos del daño sicosomático y el daño al proyecto de vida- distinguiéndose ellas, para los efectos indemnizatorios, de aquellas otras voces referidas al daño objetivo, como es el caso del daño emergente y del lucro cesante.

Para tomar conocimiento del estado actual de la materia en el ámbito latinoamericano es necesario, a título de introducción, volver sobre la nueva sistematización del daño a la persona, sin cuya cabal comprensión estimamos que es difícil captar los avances experimentados en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro subcontinente.

³ Los trabajos publicados a la fecha son: El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984. En: Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Editorial Cuzco, 1985. p. 153 y ss., y en: Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima, 1990. p. 261 y ss.; El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942, en el volumen: El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico latinoamericano. Lima: Editorial Cuzco, 1986. p. 251 y ss.; *Il danno alla salute nel codice civile peruviano*. En: “*Giornate di studio sul danno alla salute*”. Padova: Cedam, 1990. p. 363 y ss.; Protección jurídica de la persona. Capítulo IV. Lima: Universidad de Lima, 1992. p. 151 y ss.; Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En: Cuadernos de Derecho. No. 3. Lima: Universidad de Lima, 1993. p. 28 y ss. y en: Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Ponencias. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994 y en: Estudios en honor de Pedro J. Frías. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994; Protección de la persona. En: Protección de la persona humana. Buenos Aires: Editorial La Rocca, 1993. p. 21 y ss.; Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico. En: THEMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca. No. 32. Lima, 1996. p. 161 y ss. y en: Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona. Mendoza: Editorial Cuyo, 1997; Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. En: THEMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca. No. 34. Lima, 1996. p. 177 y ss.; Reparación del daño a la persona. En: Daños a la persona. Montevideo: Editorial del Foro, 1996; ¿Existe un daño al proyecto de vida? En: *Scritti in onore di Guido Gerin*. Padova: Cedam, 1996. p. 407 y ss.; Daño a la identidad personal. En: La persona y el derecho en el fin de siglo. Santa Fe, 1996. p. 89 y ss. y en: Themis. N.º 36. Lima, 1997. p. 245 y ss.; Daño psíquico. En: Scribas. Arequipa: INDEJ, 1998. p. 111 y ss.; El daño al proyecto de vida. En: Derecho. No. 50. Lima: Universidad Católica, 1998. p. 47 y ss.

2. GRAVITACIÓN DE LA NUEVA SISTEMÁTICA DEL DAÑO A LA PERSONA

Estimamos conveniente precisar que el daño puede ser apreciado desde dos distintos planos, no obstante que entre ellos existe una relación esencial. En un sentido amplio, el daño puede distinguirse o clasificarse exclusivamente en función de la naturaleza misma del ente dañado. Es decir, en atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del evento dañoso. En este orden de ideas se puede diferenciar claramente dos tipos de daños, uno que podemos designar como subjetivo y otro que denominamos objetivo. El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de derecho, que no es otro que el ser humano. El daño objetivo, por el contrario, es aquel que incide sobre las cosas, sobre los entes inanimados⁴.

En un segundo plano cabe distinguir al daño, ya no en función de la naturaleza misma del ente dañado, sino en cuanto a las consecuencias o perjuicios derivados del evento dañoso. Estas consecuencias, bien lo sabemos, pueden ser resarcidas en dinero cuando la naturaleza del ente lo permite, es decir, cuando es dable que dichas consecuencias se cuantifiquen dinerariamente o que, en su defecto, el objeto dañado pueda ser sustituido por otro similar. En esta primera hipótesis estamos frente a un daño que, en función de la naturaleza del ente dañado, permite que éste pueda sustituirse por otro similar o que su valor pueda ser compensado en dinero. De ahí que designemos a este daño como daño "patrimonial" o "extrapersonal".

En cambio, atendiendo a la calidad ontológica del ente dañado, existen casos en que no es posible otorgar a la víctima una indemnización directa e inmediata en dinero. La naturaleza misma del ente dañado no lo permite. En esta peculiar situación la reparación no tendrá un carácter compensatorio del daño sufrido sino que ella será meramente satisfactiva. En otros términos, en ciertos tipos de daño al ser humano -concebido o persona natural-

es del todo impracticable otorgar una indemnización en dinero, ya que estamos frente a aspectos del ser humano que no tienen una traducción directa e inmediata en dinero pues no están en el comercio de los hombres, no son objeto del tráfico comercial. En este último caso nos hallamos ante un daño que solemos denominar, indistintamente, como daño "no patrimonial", "extrapatrimonial" o "personal".

Las dos posibles diversas distinciones del daño sintéticamente expuestas en precedencia, es decir, ya sea en función de la naturaleza del ente dañado o de las consecuencias o perjuicios derivados del daño, tienen una importante incidencia en lo que concierne a su valorización y liquidación, y a la consiguiente fijación de la indemnización. En efecto, la naturaleza del ente dañado -el ser humano o las cosas, en su caso- determina criterios y técnicas indemnizatorias totalmente diferentes. No es lo mismo causar un daño a un ser humano, en su vida, en su honor o en su intimidad, que generar un daño a un automóvil o a una máquina cualquiera. Los criterios y las técnicas indemnizatorias, lo repetimos, no son las mismas en ambos casos⁵. Ellas deben necesariamente adaptarse a la naturaleza del ente dañado. Cada tipo de ente exige, por consiguiente, un tratamiento indemnizatorio diverso.

El daño subjetivo o daño a la persona⁶ puede sistematizarse, en atención a la naturaleza bidimensional del ser humano, en daño sicosomático y daño a la libertad. Ello porque, como está dicho, el ser humano es una unidad sicosomática sustentada en su libertad. Libertad que es el núcleo existencial de la persona. Esta particular estructura del ser humano hace posible que se pueda dañar algún aspecto de su envoltura sicosomática o el ejercicio de su libertad para la realización de un determinado proyecto de vida.

La sistematización del daño subjetivo o daño a la persona tiene como primordial finalidad mostrar, lo más clara y didácticamente posible, los diversos aspectos del ser humano que pueden ser lesionados

⁴ Para una visión preliminar y sintética del daño a la persona puede verse del autor de este trabajo el ensayo: Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. En: THĒMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca. No. 34, 1996. p. 177 y ss; así como: Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En: Cuadernos de Derecho. No. 3. Lima: Universidad de Lima, 1993. p. 28 y ss.

⁵ La indemnización, en función de la naturaleza del ente dañado, puede asumir la calidad de resarcitoria o de reparatoria. Reservamos la expresión de indemnización "resarcitoria" para el caso en que pueda ser fijada en dinero y la de indemnización "reparatoria" cuando ello no es posible. Dicho en otros términos, el resarcimiento es la indemnización que se traduce en dinero porque la naturaleza del ente dañado así lo permite, mientras que la reparación tiene sólo el carácter de indemnización satisfactiva desde que la calidad ontológica del ente dañado hace impracticable una compensación dineraria. En este último caso, el dinero que se entrega a la víctima tiene el sentido de brindarle una satisfacción. Sobre el asunto puede verse del autor de este trabajo: Reparación del daño a la persona. En: Daño a la persona. Montevideo: Editorial del Foro, 1996.

⁶ Utilizaremos preferentemente en el texto del trabajo la denominación "daño a la persona" en vez de "daño subjetivo" en atención a que la primera está consagrada por la doctrina.

como consecuencia de un evento dañoso, así como determinar, en cada caso, los criterios y las técnicas indemnizatorias adecuadas a las circunstancias⁷.

Como expresáramos en precedencia, el daño a la persona puede distinguirse en daño sicosomático y daño a la libertad. El daño sicosomático es aquel que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad sicosomática constitutiva del ser humano. Se puede lesionar cualesquiera de los múltiples aspectos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo o que lesione primaria y directamente a la psique. Está de más decir que, siendo el ser humano una inescindible unidad sicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera y medida, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera y en cierta medida, en el soma o cuerpo. Desde este punto de vista el daño sicosomático puede distinguirse en daño somático y daño psíquico⁸.

Como se ha señalado, son múltiples los aspectos del ser humano que pueden ser objeto de una lesión generada por el evento dañoso. En lo que se refiere al daño sicosomático cabe hacer una distinción entre la lesión, considerada en sí misma, y las múltiples consecuencias que la lesión produce en la existencia. Cabe pues, remarcar, distinguir dentro del daño sicosomático la lesión, considerada en sí misma, de las consecuencias o repercusiones que ella origina en el bienestar o salud de la víctima. A la lesión, en sí misma, se le ha designado alguna vez como daño-evento y, a sus consecuencias, como es obvio, como daño-consecuencia. Un sector de la doctrina que se ha ocupado del daño a la persona, identifica la lesión con la expresión de "daño biológico". Daño biológico es, por consiguiente, la lesión en cuanto tal. Es decir, un golpe, una herida, una fractura, un trauma, etc.

El daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su

vida ordinaria, que, en una palabra, afectan su bienestar. A este daño se le conoce con la expresión de "daño a la salud". En este caso el concepto salud, de acuerdo a la definición que de ella ofreciera en 1946 la Oficina Mundial de la Salud, significa bienestar integral. Por ello, el daño a la salud, derivado del previo daño biológico, perturba, en cierta medida e intensidad, el bienestar mismo de la persona. En otros términos, la salud resulta ser un componente importante -mas no el único- del bienestar integral de la persona.

El daño a la salud, de conformidad con lo expuesto en el párrafo anterior, compromete el estado de bienestar de la víctima⁹. El concepto "bienestar", cabe reiterarlo, tiene una muy amplia significación. Carecer de bienestar supone un ostensible déficit en la calidad de vida de una persona en relación con el nivel que ella tenía antes de producirse el daño. La persona ve afectadas sus normales actividades, ya sean ellas afectivas, de relación social, familiares, laborales, recreativas, deportivas. El daño compromete también aquellas actividades "del tiempo libre y de relajamiento y, por consiguiente, aquellos perjuicios a la vida sexual, a la integridad del aspecto exterior y, más genéricamente, a las relaciones sociales tradicionalmente encuadradas en el llamado daño a la vida de relación"¹⁰. El concepto daño a la salud engloba así una serie de daños que, paulatinamente, fueron puestos en evidencia por la jurisprudencia comparada, como es el caso de las expresiones del daño estético, daño sexual, daño a la vida de relación, entre otros. Todos ellos se encuadran dentro del concepto genérico de daño a la salud o al bienestar de la persona.

El daño, como se ha apuntado, puede afectar predominantemente lo somático de la persona o, prevalentemente, su psiquismo. Una lesión al cuerpo, como una notoria herida en la cara o la pérdida de un genital, acarrea consecuencias de ambos órdenes pues no sólo afectan la vida de relación o hacen que un órgano sea impropio para su función, sino que este déficit de bienestar, calificado predominantemente como somático, tiene

⁷ Para una mayor información en torno a la sistematización del daño a la persona puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo: *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. En: Cuadernos de Derecho. No. 3. Lima: Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1993. p. 28 y ss. Además se publicó en: Libro Homenaje a Pedro J. Frías. Córdoba: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994 y en: Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994.

⁸ Sobre los alcances del daño psíquico puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo titulado: *Daño psíquico*. En: *Scribas*. Arequipa. No. 3, 1998.

⁹ En el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 se considera al bienestar como uno de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁰ BARGAGNA, MARINO, RILIEVI. *Critici e spunti ricostruttivi*. En: *La valutazione del danno alla salute*. Padova: Cedam, 1986. p. 170.

también repercusiones de orden psíquico, de diverso grado e intensidad. Es decir, que pueden ellas expresarse en un daño emocional, pasajero o transitorio, designado tradicionalmente como daño moral, o pueden derivar en una enfermedad, en una psicopatía. El daño a la salud supone, así, una alteración negativa del bienestar del sujeto lesionado a raíz de un daño biológico.

El daño a la libertad supone un previo daño sicosomático. Este último daño puede incidir, en diverso grado, en la libertad, ya sea en su inescuestrable instancia subjetiva constituida por la pura "decisión", o en su expresión objetiva o fenoménica, es decir, en el ejercicio de la libertad en la vida social, en lo que se suele designar como "el libre desarrollo de la personalidad". La primera situación puede calificarse como un "caso límite", pues lo que se impide como consecuencia de un previo daño sicosomático es que la persona, por una pérdida de conciencia de diversa duración, no pueda "decidir" por sí misma. Es decir, y por consiguiente, ella está privada de transformar esta potencia -que es la libertad en cuanto núcleo existencial- en acto, en ejercicio fenoménico de la libertad en cuanto "decisión". En otros términos, se le impide a la persona convertir su íntima decisión en una cierta conducta o comportamiento. En este caso, sin embargo, no puede aludirse a una "pérdida" de la libertad, ya que ello sólo ocurre con la muerte de la persona, sino que se refiere a la imposibilidad temporal de decidir por sí mismo como consecuencia de un daño sicosomático. Esta imposibilidad de decidir por sí mismo puede derivarse de un estado de coma, diagnosticado como irreversible, por lo que será improbable que la persona recupere su capacidad de decisión. La incapacidad temporal de que el ser humano decida por sí mismo acarrea, como obvia consecuencia, que esté privado de convertirla en acto, de fenomenalizarla.

Pero, la forma más frecuente de lesión a la libertad es la que incide en el ejercicio mismo de esta libertad.

Ella se manifiesta como una frustración en cuanto al ejercicio fenoménico de una decisión de la persona. A este tipo de daño se le conoce como "daño al proyecto de vida"¹¹. Se designa como "proyecto de vida"¹² el rumbo o destino que la persona quiere darle a su vida, es decir, el radical sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ser ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera, vivenciar preferentemente ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos e importantes objetivos.

En un trabajo publicado en 1985, al referirnos al daño al proyecto de vida, remarcábamos que el daño a la persona "en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona". Señalábamos en aquella oportunidad que el daño al proyecto de vida "es un hecho de tal magnitud que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación". Considerábamos, además que, extrañamente, "este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados por la doctrina por nosotros conocida, la que, en todo caso, lo cataloga como un daño que afecta alguno de los derechos de la personalidad"¹³.

Un daño sicosomático puede afectar, en cierta medida, la plena ejecución del proyecto de vida. La persona puede, a raíz del daño, verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, "decidió ser". Es decir, la persona puede ver frustrada su propia realización existencial. El trastocamiento o frustración del proyecto de vida puede comprometer, en diverso grado e intensidad según los casos, el futuro de la persona. "Dejar de ser lo que se proyectó ser" puede acarrear como consecuencia que la vida de la persona pierda "su sentido", su razón de ser, al no poder continuar vivenciando, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir"¹⁴.

¹¹ Para un desarrollo de este tema ver del autor de este trabajo: Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico. En: THEMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca. No. 32. Lima, 1995 y en: Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona. Mendoza: Editorial Jurídica Cuyo, 1997; así como: Daño al proyecto de vida. En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima, entrega correspondiente a 1996 pero publicada en 1998.

¹² La primera vez que el autor trató el tema del daño al "proyecto de vida" fue en un ensayo con ocasión del homenaje rendido al maestro José León Barandiarán. Por ello el desarrollo del asunto aparece en el correspondiente Libro Homenaje bajo el título de: El daño a la persona en el Código Civil de 1984. Lima: Cultural Cuzco, 1985. Este ensayo se incorporó posteriormente como un capítulo del libro del autor: Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Lima: Universidad de Lima, 1990.

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942. En: El Código civil peruano y el Sistema Jurídico latinoamericano. Ob cit. p. 252 y ss.

¹⁴ El daño al proyecto de vida ha sido desarrollado, como se ha señalado, en un ensayo titulado: Daño al proyecto de vida. En: Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica, correspondiente a 1996, pero publicada en 1998. p. 47 y ss.

El daño al proyecto de vida es un daño actual, que se proyecta al futuro. Es un daño continuado, cierto. Su más grave consecuencia es la de generar en el sujeto afectado un vacío existencial por la pérdida de sentido que experimenta su vida. Son muchas y diversas las consecuencias de todo orden, aparte de la citada, que surgen como efecto de este singular daño al proyecto de vida. La persona lesionada en su libertad se sume en un explicable estado de desorientación, de pérdida de seguridad y de confianza en sí mismo, de pérdida de metas, de desconcierto. La angustiada situación que envuelve a la víctima puede conducirla a la evasión a través de alguna adicción a las drogas o, en un caso límite, puede conducirla al suicidio¹⁵.

Para ilustrar un notorio caso de daño al proyecto de vida recurriremos, como lo hemos hecho en alguna otra oportunidad, a la persona de un consagrado pianista, en plena madurez, que es víctima de un accidente automovilístico en el que, entre otras lesiones, pierde varios dedos de su mano derecha. En esta hipótesis debemos analizar, independientemente, cada uno de los daños de los que ha sido víctima ya que la tendencia actual, que consideramos es la correcta, valoriza y liquida independiente y autónomamente cada uno de los daños inferidos al ser humano. La suma de todos estos valores constituye la suma global que el juez fija como indemnización a cargo del dañador.

En el ejemplo anteriormente propuesto, las consecuencias de carácter patrimonial, valorizables en dinero, están representadas por el daño emergente y por el lucro cesante. Ambos perjuicios se pueden acreditar documentalmente. El daño emergente, en el caso citado, resulta ser el costo del tratamiento médico, de la hospitalización, de las medicinas, de los honorarios médicos. El lucro cesante está constituido por los honorarios que ha dejado de percibir el pianista en razón del daño sufrido. En el caso del ejemplo, podría tratarse hipotéticamente de diez conciertos pendientes de ejecución, ya contratados y programados que, en conjunto, generan para el pianista unos quinientos mil dólares. Las consecuencias de estos dos tipos de daños se resarcen con la entrega de dinero a la víctima del daño para cubrir tanto los gastos en que se ha incurrido como lo que ha dejado de percibir.

Entre los daños con consecuencias personales o extrapatrimoniales debemos considerar cada uno de los daños a los que hemos hecho referencia con

anterioridad al tratar de la sistematización del daño a la persona. Es decir, debe valorizarse y liquidarse por separado y de modo independiente -como ocurre con el daño emergente y el lucro cesante- tanto el daño sicosomático como el daño a la libertad o al proyecto de vida. En cuanto al daño sicosomático es posible, como se ha apreciado, distinguir el daño biológico, es decir, la lesión considerada en sí misma, y el daño a la salud, que en su sentido más amplio es una pérdida o déficit en el bienestar de la víctima.

Cada uno de los daños sicosomáticos causados a la víctima, como se ha señalado, debe ser reparado independientemente de los daños con consecuencias patrimoniales. El daño biológico, constituido por la lesión causada -que es, en el caso propuesto, fundamentalmente la pérdida de algunos dedos de la mano derecha- debe ser debidamente valorizado y liquidado. Para este efecto, como se ha señalado en otras sedes, en los países desarrollados existen baremos o tablas de infortunios elaborados por grupos multidisciplinarios, compuestos por médicos, abogados, magistrados, psicólogos, psiquiatras, economistas, aseguradores, expertos en cálculos actuariales, entre otros. Para la confección de los baremos o tablas de infortunio debe tenerse en cuenta tanto la jurisprudencia existente como las condiciones socioeconómicas del país así como otros factores concomitantes.

Dichos baremos no son de aplicación obligatoria por los jueces sino son únicamente referenciales, creados con el propósito de lograr, con el tiempo, una jurisprudencia más o menos uniforme. Para la valorización de un dedo de la mano de un ser humano los baremos fijan un determinado monto en dinero. El juez, partiendo de este punto de referencia, puede aumentar el valor de la reparación si el caso lo amerita. En principio, la suma fijada en el baremo parte del principio que el valor de un dedo de la mano es igual para todos los seres humanos. Sin embargo, este criterio, por ser referencial, no es rígido. Ello permite al juez ser flexible a fin de, en atención a las circunstancias del caso, modificar en más o menos el valor fijado en el respectivo baremo.

Es indudable, en la hipótesis que estamos desarrollando, que el dedo de la mano de un pianista, en razón de su normal actividad, tiene mayor valor que el dedo de una ama de casa o el de un abogado. Lo mismo ocurre tratándose del dedo de un cirujano o de un tenista. En estas últimas hipótesis, sobre la

¹⁵ Como lo tenemos señalado en diversos trabajos, especialmente en: *Daño al proyecto de vida*, op cit, existe "el" proyecto y los múltiples proyectos que el ser humano genera en el cotidiano transcurso de su existencia. Todo lo que venimos refiriendo tiene que ver con el radical y fundamental proyecto de vida que, por lo general, es el que señala el rumbo de nuestro devenir existencial.

base del dato referencial contenido en el baremo, el juez puede aumentar equitativamente el monto de la reparación. Como se puede apreciar, para el efecto de la reparación del daño se combinan armoniosamente un principio de base, que es rígido, con un criterio de equidad que permite al juez, según el caso, aumentar o disminuir la suma fijada en el baremo para cada tipo de lesión.

En el caso del pianista del ejemplo, y siguiendo los criterios generales que se han trazado, el juez debe valorizar y liquidar, como está dicho, el daño biológico, es decir, la lesión en sí misma. Al lado del daño biológico el juez valorizará, de modo independiente, el daño a la salud, es decir, la repercusión que tiene la lesión sufrida por la víctima -tanto somática como psíquica- en su bienestar integral. Es decir, cómo y con qué intensidad y extensión repercute dicha lesión en la actividad habitual y ordinaria, en la vida de relación familiar y social, en la vida afectiva y sexual, en los momentos de recreación, en la práctica de deportes o *hobbys*, por ejemplo.

Sobre la indispensable base de los informes periciales y de la jurisprudencia nacional, el juez, con un criterio de equidad, determinará, en cada caso, la consiguiente reparación del daño a la salud. En esta hipótesis deberá tener en cuenta, de ser el caso, las consecuencias del daño psíquico en el desarrollo de la vida cotidiana del pianista. Así, se debe reparar el daño emocional -indebidamente llamado "moral"- que consiste en el dolor o el sufrimiento experimentado por la víctima. Pero, deberá también, sobre la base de una pericia, verificar si existe alguna psicopatía. Tanto el daño llamado "moral" que, como decimos, es un daño emocional, como cualquier psicopatía -que es una enfermedad- que gravita en el devenir existencial del sujeto debe ser equitativamente valorada y liquidada dentro del concepto de daño a la salud o bienestar de la persona.

Finalmente, el juez deberá valorizar, como voz independiente, el daño al proyecto de vida, el que es más que elocuente en el caso del pianista del ejemplo. Es evidente que un pianista de vocación, un concertista profesional, persigue en el transcurso de su vida valores estéticos muy definidos. El profundo y continuado vivenciamiento de estos especiales valores le otorgan sentido o razón de ser a su existencia. Vive en función de ellos. Todos sus

esfuerzos están encaminados, por muchos años, con tesón y perseverancia, a su pleno vivenciamiento.

Son muchos los sacrificios y renunciamentos que, a menudo, debe padecer un pianista que vive intensamente su vocación personal. Así, debe practicar por casi ocho horas diarias, lo que le resta tiempo para atender su vida familiar u otras actividades de la vida que para él podrían resultar atrayentes. No es raro el caso en que ciertos pianistas, tributarios de su vocación, renuncian a constituir una familia pues consideran que no pueden atender debidamente los compromisos que acarrea el fundar un hogar y tener descendencia. O, lo que es más grave, constituída la familia resulta intolerable para la pareja la falta de atención que le dispensa el pianista comprometido con su actividad, lo que puede conducir a la destrucción de la familia con las graves consecuencias que, sobre todo para los hijos, acarrea esta indeseable situación. Nuestra experiencia personal nos muestra que, por lo general, este tipo de artistas debería formar hogar con una pareja que desenvuelva similar o parecida actividad. Así, sería hipotéticamente compatible, el matrimonio de una pianista con un violinista. Su común actividad les permite, por lo general, compartir su tiempo ya sea en los ensayos, cotidianos o formales, en los conciertos y en toda la actividad que de ellos se deriva.

La imposibilidad de llevar adelante el proyecto de vida hace que el pianista frustrado sienta un vacío existencial como resultado de la pérdida del sentido de su vida. Este daño, que lo acompañará durante toda su vida, no puede confundirse con el daño psíquico, que afecta su salud, o con uno de los componentes del daño psíquico como es el daño denominado "moral". Este daño, a diferencia del daño ocasionado al proyecto de vida, es transitorio, temporal, tiende a desaparecer con el tiempo¹⁶.

Es sorprendente comprobar como hasta hace poco tiempo atrás sólo se reparaban los daños objetivos o daños a las cosas, es decir, aquellos daños cuyas consecuencias podían resarcirse en dinero. En raras oportunidades, se reparaba el daño "moral", entendido como dolor o sufrimiento. Se desconocía y, por consiguiente no se reparaba, el daño a la persona en sus múltiples expresiones y, cuando se empezó a tomarla en consideración en su condición de víctima de un daño, se atendía no al hombre integral, al ser humano en sí mismo, sino tan sólo al productor de renta, al *homo faber*.

¹⁶ Sobre el punto puede verse del autor el ensayo ya citado: Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico. Publicado en: THĒMIS - Revista de Derecho, así como en el volumen: Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona. Mendoza: Editorial Jurídica Cuyo, 1997.

Felizmente, en los últimos tiempos son cada vez más numerosos los países en que se está tomando en cuenta el más importante de los daños como es el daño a la persona. Este cambio operado en la mentalidad de algún sector de juristas -qué no sabemos si será mayoritario- es el fruto del lento desplazamiento de una concepción individualista-patrimonialista de la vida -no obstante sus ocasionales rebrotes- y su también paulatina sustitución por una concepción personalista del mundo y de la vida. Nos hallamos en pleno proceso de toma de conciencia de que es ineludible la reparación de cualquier tipo de daño que se pueda ocasionar al ser humano que es, nada menos, que el sujeto del Derecho.

Confiamos que en el Perú, con el normal y esperado desarrollo de la cultura jurídica, se llegue en un futuro no lejano a comprender cabalmente la importancia y el valor de la vida humana y de la consiguiente necesaria reparación de todos los daños que se pueden causar al ser humano. No debe nunca perderse de vista que la persona es un fin sí misma, mientras que las cosas son indispensables instrumentos a su servicio. Cuando esta visión humanista se arraigue entre los hombres que se dedican al Derecho lograremos que se reparen debidamente todos los múltiples daños que se pueden causar a la persona. Para ello habrá que continuar con el proceso de destierro de una concepción individualista-patrimonialista según la cual se invierten los valores para dar como resultado que es más valioso el instrumento que el fin al cual sirve.

La reparación del daño a la persona es cada día más urgente si tenemos en cuenta cómo, por acción de la tecnología, son cada vez más numerosas las circunstancias de riesgo a que está expuesto el ser humano. Observamos esperanzados cómo, a pesar de las tendencias que apuntan, desde una vertiente materialista, a sustituir en el lugar cimero de la tabla de valores del Derecho el valor justicia por el valor utilidad o conveniencia, existe en nuestro medio una cada vez mayor comprensión del significado y de las consecuencias del daño a la persona.

A la altura del tiempo que vivimos es inimaginable dejar de reparar el daño a la persona, bajo cualquier pretexto. Podemos hacer extensiva la expresión de los hermanos Mazeaud cuando se refieren al daño moral, pero que es aplicable, obviamente, al daño a la persona, en el sentido de que resulta "chocante

en una civilización avanzada como la nuestra que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación"¹⁷. No obstante, la cabal y fina expresión de los Mazeaud tiene aún vigencia en varios países de relativo desarrollo integral donde se desconoce, todavía, la perentoria exigencia de reparar los daños ocasionados al ser humano, mientras que, solícitamente, se resarcen los daños materiales. Son todavía numerosos los hombres de Derecho, abogados y jueces, que carecen de una formación jurídica básica y de una fina sensibilidad axiológica que les permita percibir, con la misma facilidad con que aprecian los daños a las cosas instrumentales, la inmensa gama de daños que se generan contra la persona. Es, por ello, indispensable insistir, sin desmayo, en la necesidad de sustituir una visión individualista-patrimonialista del Derecho por una concepción humanista donde el ser humano se constituya en el centro y eje de lo jurídico. ¿Qué otro objetivo fundamental puede tener el Derecho que no sea la protección preventiva, integral y unitaria de la persona? Toda distorsión, toda actitud que se aparte del logro de este objetivo debe ser desterrada.

Si siguiéramos, como lamentablemente aún sucede en amplios sectores del foro, la inspiración de la corriente individualista-patrimonialista, más importante que reparar el daño subjetivo o daño a la persona del pianista del ejemplo, sería el resarcir el daño objetivo que se concreta en la indemnización correspondiente al costo de la reparación del automóvil de la víctima sin atender, simultáneamente, a reparar el inmenso daño inferido a la persona.

No obstante lo señalado en precedencia, concordamos con Alpa y Bessone cuando afirman que "la sociedad contemporánea tiende a sustituir la lógica propietaria" por una diversa "conexa con la posición jurídica de la persona en el ámbito de la sociedad"¹⁸. Ello resumidamente significa que, como lo venimos sosteniendo desde hace algunos años, el mundo -y dentro de él lo atinente a lo jurídico- se encuentra en un período de transición entre dos épocas, uno de cuyos más significativos rasgos lo constituye el lento desplazamiento de una visión individualista-patrimonialista por una concepción humanista donde el ser humano se erige en el centro

¹⁷ MAZEAUD, H. y L. Tratado teórico práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual. Tomo I-I. No. 315. p. 441.

¹⁸ ALPA, Guido y BESSONE, Mario. *I fatti illecitti*. En: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno. No. 14. Tomo VI. Torino: UTET, 1985. p. 106.

del sistema. Intuímos que en este sentido se mueve la historia, pese a que somos testigos de todos los embates y contratiempos que ponen en constante peligro el logro de este racional, natural y supremo objetivo.

3. DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Entre los más importantes aportes que los comentaristas destacan cuando se refieren al Código Civil peruano de 1984 es el concerniente al tratamiento doctrinario y legal dispensado al daño a la persona, el mismo que ha tenido especial resonancia fuera de nuestras fronteras. Corresponde a Jorge Mosset Iturraspe, entre otros notables juristas, el haber puesto de manifiesto este significativo acontecimiento dentro de la codificación comparada¹⁹. El profesor argentino, agudo y profundo conocedor de nuestro Código Civil, señala hasta ocho innovaciones dentro del tratamiento de los derechos de la persona que han despertado su interés. Una de ellas es el contenido del artículo 1985 en cuanto incorpora en su texto, precursoramente, la indemnización del daño a la persona sin limitación alguna²⁰.

Los estudiosos de nuestro Código Civil de 1984, al igual que Mosset Iturraspe, han reparado en aquello que amplios núcleos de juristas peruanos todavía no han percibido cabalmente. Nos referimos al hecho de que este cuerpo legal es el primero a nivel de la codificación comparada que en su citado artículo 1985 incorpora, sin limitación alguna, como está dicho, el deber de reparar el daño a la persona en toda su amplitud y manifestaciones. A partir de este acontecimiento, en algunos países -como es el caso de la Argentina, entre otros- se ha intensificado el estudio del daño a la persona por lo que se aprecia un notable incremento de la literatura jurídica que incide en el tema y resalta su trascendencia²¹. Paralelamente se observa cómo la jurisprudencia comparada atiende cada vez más ampliamente la exigencia de no dejar desamparado al ser humano víctima de un daño a su persona.

Los comentaristas del Código Civil peruano advierten, asimismo, que bajo una inspiración personalista, adoptando por consiguiente una posición contraria a las soluciones eminentemente patrimonialistas en boga, el Código de 1984 introduce en el artículo 1985 el deber de reparar el daño a la persona sin limitación alguna y con la mayor amplitud, hecho este último que por ser precursor en la legislación comparada, ha merecido ser por ellos resaltado.

El artículo 1985 del Código Civil tiene el siguiente texto:

“Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el **daño a la persona** y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

Tal como se desprende de la lectura del artículo 1985, antes transcrito, la indemnización que en él se establece comprende las consecuencias que se generen de un daño a la persona. Esta indemnización, contrariamente a lo prescrito en los Códigos Civiles de Alemania, Italia y Portugal, a los que nos hemos referido en el párrafo anterior y tal como lo hemos remarcado, no contiene ninguna limitación, por lo que la indemnización que se fije por el daño a la persona no se supedita, como lo prescriben los códigos civiles antes mencionados, ni al caso de un delito previamente cometido, ni a casos concretos señalados en la ley, ni a la gravedad del daño producido, respectivamente.

Como también se aprecia del texto del artículo 1985, antes transcrito, la indemnización comprende, aparte del daño emergente y del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Lamentablemente, no fue posible, por la estrechez del tiempo transcurrido entre la incorporación del daño a la persona en el artículo 1985 y la promulgación del Código, eliminar del texto de este numeral la alusión al “daño

¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El valor de la vida humana. 3ra. ed., ob cit. p. 327-328; y El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 1, 1992. p. 22-23.

²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p. 378-379.

²¹ En la Argentina anotamos, entre otras, las siguientes publicaciones sobre el daño a la persona: IRIBARNE, Héctor Pedro. De los daños a la persona. Buenos Aires: EDIAR, 1993; PIZARRO, Ramón Daniel. Daño moral. Buenos Aires: Hammurabi, 1996; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Daños a las personas. Integridad sicofísica. 2-A. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1990; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Daños a las personas. (Pérdida de la vida humana). 2-B. Buenos Aires: Hammurabi, 1991; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Daños a las personas. (Integridad espiritual y social). 2-C. Buenos Aires: Hammurabi, 1994. Además de diversos artículos publicados en revistas cabe señalar que el primer número de la Revista de Derecho Privado y Comunitario. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992 está dedicado íntegramente a tratar el tema “Daños a la persona”.

moral” que, como lo hemos señalado, en cuanto dolor o sufrimiento (*pretium doloris*) es un daño psíquico de carácter emocional, por lo que está comprendido dentro de la genérica voz de “daño a la persona”.

En efecto, la inclusión del “daño a la persona”, que no aparecía en el proyectado texto del mencionado numeral, se produjo en la última y conclusiva sesión de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil del 3 de julio de 1984 convocada expresamente por el Ministro de Justicia de aquel entonces, doctor Max Arias Schreiber, sólo para revisar y efectuar los ajustes finales de redacción al texto del Código. La promulgación del Código, como estaba previsto, se haría días después, el 24 de julio del mismo año. Esta circunstancia, como está dicho, impidió reabrir cualquier debate, que hubiera sido extemporáneo dada la índole de la reunión. Por ello, no pudo contemplarse ni la supresión, como se ha dicho, del daño “moral” del texto del artículo 1985 ni modificar el contenido del artículo 1984 dedicado a regular lo concerniente al daño moral con prescindencia del daño a la persona. Por lo demás, si se reabría el debate, probablemente no se hubiera obtenido la incorporación del daño a la persona, como de hecho ocurrió. Lo más que se pudo alcanzar en dicha reunión, y ello constituyó un gran logro, fue incorporar el daño a la persona entre aquellos daños cuyas consecuencias o perjuicios deberían ser indemnizados. Ello significó un notable paso adelante en el lento pero necesario proceso de protección a la persona.

Cabe recordar, a propósito de lo señalado en precedencia, que la Comisión Revisora del Proyecto de Código preparado por la respectiva Comisión Reformadora, ante la cual se planteó la necesidad de incorporar el daño a la persona dentro del texto del Código Civil, no aprobó, en primera instancia, la propuesta que se le sometía. Por ello, y tal como se apunta en el párrafo anterior, hubo que esperar una nueva y propicia ocasión para obtener casi sorpresivamente, un 3 de julio de 1984, su inclusión dentro del Código. Las vicisitudes ocurridas en esta oportunidad están por nosotros narradas en un trabajo anterior, al cual remitimos al lector curioso por obtener mayor información al respecto²². Este capítulo pertenece, como lo ha de advertir el lector, a la historia interna del Código Civil.

Algunas veces se nos ha preguntado la razón por la cual recién a última hora, días antes de la promulgación del Código Civil, se acordó incorporar en el citado artículo 1985 el daño a la persona. Más allá de la coyuntura antes narrada, nuestra invariable respuesta ha sido siempre que no fue tarea fácil que se aceptase en el Perú de las décadas anteriores a la del noventa los alcances del novedoso concepto de “daño a la persona”. La formación, cerradamente individualista-patrimonialista, a la que habíamos estado sometidos los juristas de nuestro país, impedía la rápida y fácil comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño tal como hasta ese momento se venía tutelando las consecuencias de daños a las cosas. La aceptación de la figura del daño a la persona suponía sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una visión humanista del hombre y del mundo. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, juristas de la talla de José León Barandiarán o de Fernando de Trazegnies manifestaran su perplejidad frente a la noción de daño a la persona²³. Ello es del todo explicable ya que hasta ese momento ningún jurista en nuestro país, ni tan siquiera en el ámbito latinoamericano, se había referido a los alcances del concepto “daño a la persona”, como tampoco había ocurrido hasta aquel entonces en otros muchos países del mundo alejados de nuestro subcontinente..

Ante lo expuesto, en relación con la tardía incorporación del daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil, quedaron dos concretas tareas que enfrentar para cuando se presentase la oportunidad de revisar el Código Civil de 1984. Teníamos la esperanza de que en esta coyuntura sería factible proponer algunas enmiendas destinadas a perfeccionar y actualizar su texto y que ellas serían positivamente acogidas. Estimamos que esa ocasión ha llegado, ya que se encuentra en funcionamiento, como es sabido, una Comisión creada por el Congreso de la República para proponer, precisamente, las enmiendas necesarias al Código civil de 1984.

La primera de las dos antes mencionadas tareas pendientes es la de reformular el contenido del artículo 1984 para sustituir el tratamiento del “daño

²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias en el derecho de las personas, ob cit. p. 270-271.

²³ José León Barandiarán denota su perplejidad en el Tomo VI de la Exposición de Motivos del Código civil de 1984 dedicado a la Responsabilidad Civil Extracontractual, mientras que Fernando de Trazegnies lo hace en: Para leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984. p. 231.

moral", que ahí aparece, por el del "daño a la persona". La segunda, se debe concretar a eliminar del nuevo texto del artículo 1985 la referencia al "daño moral" en cuanto que, como se ha señalado, esta noción específica de daño emocional está incluida dentro de la genérica voz de "daño a la persona". Sabemos que esta tarea no será nada fácil dada la fuerza de la tradición que tiende a confundir, como si fueran de la misma categoría, el genérico daño a la persona con el específico daño moral. No obstante observamos que, dados los quince años transcurridos desde la promulgación del Código Civil, se ha generado un proceso de positiva reflexión en torno a los alcances de dichos conceptos lo que hace presumir que en próximo futuro se logre el total esclarecimiento conceptual del tema que nos ocupa.

En el curso del proceso de revisión del texto del Código Civil de 1984, la Sub Comisión encargada de redactar el anteproyecto de articulado -aún inconcluso- sobre la parte correspondiente a la Responsabilidad Civil, ha contemplado esta situación y ha acordado someter a la Comisión de Reforma, en su oportunidad, una propuesta para modificar tal como lo venimos postulando, el contenido de los artículos 1984 y 1985 del Código Civil.

Como está dicho, la referida Sub Comisión de la Comisión de Reforma del Código Civil ha cumplido en primera instancia con revisar, en el curso de 1997, el contenido del artículo 1985 del Código Civil, habiendo acordado suprimir, por la razón expuesta en el párrafo anterior, el concepto de "daño moral" del nuevo numeral que lo sustituya. El texto del proyectado artículo es el siguiente:

"Artículo 1985.- La reparación se calcula en consideración al valor del daño al momento de su determinación y comprende todas las consecuencias derivadas del acto u omisión generadoras del daño, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona".

La mencionada Sub Comisión se apresta, así mismo, a reconsiderar el contenido del artículo 1984 a fin de sustituir la específica noción de daño "moral" por la genérica y comprensiva de daño a la persona.

Después de todo lo expresado sobre el tema referido al daño a la persona y el Código Civil peruano de 1984, podemos concluir que algunos aspectos de su tratamiento han sido materia de positivos comentarios a nivel de la doctrina comparada.

Los estudiosos de nuestro Código Civil han centrado su atención, a veces con acentos polémicos, en el hecho de que hemos incidido desde hace más de quince años, con convicción, en la lógica y necesaria sistematización del llamado daño "moral", para el efecto de considerarlo, dentro de su concepción tradicional y restringida, es decir, como equivalente a dolor o sufrimiento. En esta su originaria concepción, como está dicho, es tan sólo uno de los múltiples aspectos comprendidos dentro del genérico concepto de "daño a la persona". El daño moral es un daño psíquico, de nivel emocional, que no llega siempre y necesariamente a constituir una psicopatía. Si así fuera, dejaría de ser daño emocional o "moral" para adquirir la consistencia de una enfermedad mental.

De otro lado, la doctrina ha comentado también positivamente el desarrollo del "daño al proyecto de vida" como una de las expresiones más importante de lo que al daño a la persona se refiere. Los comentarios son muy auspiciosos frente a esta figura nacida en el Perú, la misma que va siendo paulatinamente recogida por la jurisprudencia comparada. Este hecho le otorga carta de ciudadanía pues se demuestra su posibilidad de aplicación a hechos de la vida ordinaria y cotidiana..

4. ¿SEGUIREMOS IDENTIFICANDO "DAÑO A LA PERSONA" CON DAÑO "MORAL"?

El debate sobre los alcances de la noción del "daño moral" aún no se ha apagado. Muy por el contrario, son aún numerosos los autores que, en vez de admitir la existencia de un concepto genérico como el de "daño a la persona", que es amplio y comprensivo de todas las lesiones que se pueden inferir al ser humano, han preferido, ante la presencia de un conjunto numeroso e inédito de nuevos daños a la persona no considerados anteriormente por la doctrina, incluirlos, sin más y asistemáticamente en nuestro concepto, dentro de la restringida noción de daño "moral". Para obtener este resultado han tenido que dejar atrás y superar la tradicional noción de daño "moral, referida al dolor o sufrimiento (*pretium doloris*) para, ampliando innecesariamente sus fronteras conceptuales, incluir en esta noción todos no sólo el específico daño emocional sino todos los imaginables daños a la persona. Es decir, utilizan un concepto jurídicamente preciso, como el de "daño moral", para ensanchar artificialmente sus linderos al efecto de que pueda acoger los hasta hace poco impensados "daños a la persona"²⁴.

²⁴ En los últimos, aproximadamente, quince años nos hemos ocupado constantemente de este tema en casi todos los trabajos que hemos realizado en torno a los diversos aspectos del daño a la persona. Así, podemos citar: El daño a la persona en el Código Civil peruano (1985)

No compartimos la posición que anteriormente hemos glosado. No comprendemos cómo, contando en la actualidad con un nuevo concepto amplio y genérico acuñado por la doctrina de vanguardia como el de “daño a la persona”, que es expresivo de su objeto o contenido, se deba seguir empleando una noción que, como la de daño “moral”, tiene tradicionalmente una muy precisa significación. No entendemos cómo es que para designar los múltiples, inéditos e imprevisibles daños a la persona se deba acudir a un expresión lingüística que no refleja el contenido del concepto “daño a la persona”.

El asunto nos resulta claro. Tradicionalmente el único daño a la persona de carácter no patrimonial era el llamado “daño moral” cuya indiscutible connotación conceptual era y sigue siendo, en sentido estricto, dolor o sufrimiento, es decir, *pretium doloris*. En tiempos recientes la doctrina y la jurisprudencia, al redescubrir en la segunda mitad del siglo XX al ser humano, empezaron a identificar nuevos daños, como son los daños estéticos, a la vida de relación, a la sexualidad, a la identidad, a la intimidad y, en general, múltiples daños inferidos ya sea al cuerpo como a la psique de la persona. Aún más, se ha demostrado la existencia de un daño radical como es aquel que incide sobre el ejercicio de la libertad y que supone la frustración de un proyecto de vida. Esta nueva realidad, que desborda los estrechos y precisos límites conceptuales del “daño moral”, exigía de un nuevo concepto, mucho más amplio, comprensivo y genérico, que abarcara la infinita gama de daños que se podían inferir al ser humano aparte del conocido “daño moral”. El nuevo concepto acuñado por la doctrina más alerta, y que es descriptivo de esta nueva y compleja realidad, es el de “daño a la persona”.

Por lo demás, cabe señalar que se sigue utilizando indebidamente el calificativo de “moral” -cuya precisión conceptual nadie ignora- para aplicarlo con notoria inexactitud a un tema que es -¡quién lo duda!- exquisitamente “jurídico”. Es lícito que imaginemos que los autores que siguen esta línea de pensamiento podrían ser extremadamente cuidadosos o exageradamente respetuosos de la tradición o, tal vez, nada o poco inclinados a innovar o a rectificar añejos errores. Podrían ser quizás

partidarios de mantener un *status quo* en el campo del Derecho. Sea cualquiera de éstas, u otras, las razones que se puedan esgrimir para incluir los daños a la persona en el concepto restringido de “daño moral”, seguimos sin percibir nitidamente la necesidad de esta innecesaria como no justificada actitud que, desde nuestra perspectiva, no se abre a los nuevos tiempos.

No podemos olvidar que los autores franceses, anteriores o contemporáneos a la promulgación del Código Civil de su país de 1804, utilizaban con cierta frecuencia el concepto “moral” para calificar a ciertas instituciones jurídicas. Es el recordado caso, entre otros, de la expresión “persona moral” que corresponde al contemporáneo y generalizado concepto de “persona jurídica”, el mismo que fuera elaborado por la pandectística alemana. Al final, con el transcurrir del tiempo y pese a no ser preciso, el término de “persona jurídica” se ha impuesto en la doctrina y se concreta a nivel legislativo y jurisprudencial. Son escasos, por ello, los autores que continúan empleando la expresión “persona moral” para referirse a la “persona jurídica”. Consideramos, sin embargo, que la expresión “persona jurídica” deja de lado a la persona natural, que es tan jurídica como aquella. Por ello, somos de la opinión de emplear la expresión “persona colectiva” que es descriptiva de su objeto, ya que se le opone no a la persona “natural” sino a la persona individual²⁵. La Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 aceptó en un primer momento esta propuesta para luego, finalmente, desestimarla en aras de la tradición.

Tenemos, por consiguiente, un antecedente a seguir. Si se ha sustituido, con razón, la expresión “persona moral” por la de “persona jurídica” no comprendemos qué sólida razón pueda oponerse a la tendencia a reemplazar el término “daño moral” por el de “daño a la persona”. El llamado daño moral no desaparecerá por esta causa. Tan sólo se le considerará, en cuanto daño emocional, como uno de los numerosos daños que se pueden infringir a la persona.

De otro lado, el concepto “daño” comprende tanto el evento dañosos en sí mismo como sus

en el Libro Homenaje a José León Barandiarán, reproducido posteriormente como un capítulo de libro del autor titulado: Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Op cit. p. 307 y ss. También se ha tratado del tema en el libro del autor: Protección jurídica de la persona (1992). Op cit. p. 168 y ss, así como en casi todos los trabajos posteriores dedicados a este asunto, que han sido citados en el curso de este trabajo, y que han sido publicados principalmente en las revistas Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Scribas, y principalmente en THEMIS - Revista de Derecho.

²⁵ En el proyecto de Libro Primero sobre el Derecho de las Personas, que preparamos en nuestra condición de ponentes, distinguimos a las personas en individuales y colectivas en vez de naturales y jurídicas. Seguíamos, en este sentido, el mismo modelo que tendría su concreción legislativa en el Código Civil de Portugal de 1967.

consecuencias o perjuicios. Es decir, lo que algunos autores suelen designar como daño-evento y daño-consecuencia. No es lo mismo un golpe en la cabeza -que deja como huella estática una determinada lesión- de las variadas consecuencias que ese daño puede acarrear, desde el simple daño emocional (o moral) hasta una hemiplejía que impide a la persona moverse. Es posible distinguir las dos vertientes o dos caras de la moneda como son la lesión en sí misma -el golpe en la cabeza- de sus consecuencias. El concepto daño comprende ambas situaciones. En el concepto daño moral, en cuanto sinónimo de dolor o sufrimiento, no se incluye la lesión en sí misma -daño biológico- ni las otras varias y graves consecuencias diferentes al "dolor" o "sufrimiento" que experimenta la persona.

Por nuestra parte, como lo hemos puesto de manifiesto en anteriores trabajos y lo venimos reiterando, el mal llamado "daño moral" es sólo un daño emocional, es decir, de raigambre psicológica que, sin embargo, no llega a constituir una psicopatía aunque, teóricamente, podría derivar en ella si es que el dolor es persistente, intenso y depresivo, por ejemplo..

Citaremos, por reciente e ilustrativo, el caso de un conocido y valioso profesor de la Universidad de Córdoba, en la Argentina, quien insiste en incluir los más variados daños a la persona dentro del concepto de daño "moral". En tiempos recientes, en un documentado libro titulado "Daño moral", Ramón Daniel Pizarro es decidido partidario de otorgar al daño moral una connotación conceptual diversa a la que siempre ha tenido, es decir, a la de significar tan sólo dolor o sufrimiento (*pretium doloris*), para, superando esta tradicional y arraigada noción, de suyo restringida, ampliarla al infinito para que, dentro ella, se comprenda la multitud de nuevos daños que se pueden ocasionar a la persona.

En el citado libro, Pizarro afirma que "quienes valoran al llamado daño moral a la persona como daño extrapatrimonial -cualquiera sea la designación que se asigne- suelen caer en el grave error de concebir al daño moral como una noción restringida, circunscrita al *pretium doloris*". Además, se muestra contrario a considerarlo -citando al autor de este trabajo- como tan sólo un menoscabo transitorio, temporal, mitigable por el transcurso del tiempo²⁶. Sobre la base de una concepción amplia del daño moral, lo que supone a nuestro entender encontrarnos frente a un nuevo y distinto concepto, Pizarro descarta la concepción del daño a la persona

tal como ha sido elaborada por un sector de la doctrina contemporánea.

En nuestro concepto, no constituye "grave error", como sostiene Pizarro, considerar al daño moral como una noción con un contenido limitado al dolor o sufrimiento derivados de cualquier evento dañoso. Esta es la acepción histórica de "daño moral". Este es el concepto restringido que le otorga la más autorizada doctrina, que se enraíza en la tradición romana, al definir al llamado daño "moral" como *pretium doloris*. ¿O resulta acaso que el dolor o sufrimiento es la única manifestación del daño a la persona?

En síntesis, Pizarro no acepta que los daños a la persona se llamen por su nombre y que se les designe como lo que son, es decir, como "daños a la persona", sino que prefiere nominarlos como "daños morales", para lo cual "estira" el tradicional concepto de daño moral para que sus tradicionales estrechas fronteras se extiendan y dilaten al máximo posible, al punto tal de comprender dentro de ellas una multitud de daños a la persona que tienen de suyo, una significación diversa a la de daño "moral". Según esta pretendida, nueva y amplia concepción del daño moral, la pérdida de una pierna, un trauma psíquico o un daño al proyecto de vida serían, en vez de "daños a la persona", simplemente diversas manifestaciones del "daño moral".

El ser humano, lo hemos reiterado con frecuencia, es una unidad sicosomática sustentada en la libertad. Es decir, el ser humano está dotado de un cuerpo o soma, de una psique y de una inherente capacidad para ejercer su libertad en cuanto núcleo existencial. Es este complejo ente -cuya estructura no es sólo "moral"- el que puede ser dañado en cualquiera de sus múltiples aspectos. No vemos, por ello, la necesidad de seguir utilizando una restringida noción, como es la de "daño moral" -que no es otra cosa que *pretium doloris*- para incorporar en estas estrechas fronteras conceptuales todos los daños posibles e imaginables que se pueden causar a la persona. El daño al ser humano -en cuanto persona para el Derecho- es lo que conceptualmente constituye el daño a la persona.

La respetable tendencia conservadora que persiste en seguir empleando antiguos conceptos para designar nuevas realidades nos recuerda, tal como lo hemos manifestado, a aquellos autores que, por mucho tiempo, se negaban a designar, a lo que ellos mentaban como "persona moral", con su

²⁶ PIZARRO, Ramón Daniel. Daño moral. Buenos Aires: Hammurabi, 1996. p. 83.

denominación de “persona jurídica”. Hubo que esperar un largo tiempo para que ello sucediera. Lo mismo ocurrió con aquellos otros autores que se resistían a llamar a la “persona por nacer” como lo que es: un ser humano “concebido”.

Tenemos la impresión de que aquel sector de la doctrina que insiste en seguir utilizando el concepto de daño “moral” está más preocupado por supeditar la realidad al rígido *corsé* de las normas y de los estereotipos, en vez de adecuar conceptos y normas a la expresiva realidad que se tiene ante sí. En vez de utilizar viejos moldes, antiguas formas conceptuales, construidos para contener otras distintas realidades debemos, frente a nuevos objetos y circunstancias de la vida, crear nuevos conceptos y nuevas normas para mentarlos, describirlos y distinguirlos. Los conceptos, bien lo sabemos, son “descriptivos” de los objetos que mentan; por lo que el concepto de daño “moral” fue creado en su momento para referirse a la realidad que conocemos como “dolor” o “sufrimiento”. Ante inéditas realidades, por lo tanto, debemos emplear nuevos conceptos, siempre descriptivos de su objeto. Por ello, ante los daños a la persona, que no se constriñen al dolor o sufrimiento, debemos construir nuevos conceptos descriptivos de estas inéditas realidades. Y qué mejor que designar estos daños con el genérico y adecuado concepto de “daño a la persona”. ¿O acaso para describir, aludir o mencionar estos daños debemos usar otros conceptos que ya tienen una especial significación, como es el caso del mal llamado daño “moral”? ¿Existe tan sólo un daño “moral” cuando el ser humano pierde una mano? La respuesta es obvia.

Consideramos que un sector de la doctrina, más que atender a lo que acontece en la realidad de la vida para, a partir de ella y después de una debida valoración, crear las pertinentes instituciones y normas reguladoras de la realidad, pareciera que se esfuerza por encasillar la vida en los moldes de una normatividad existente en códigos o leyes especiales. Decimos esto porque Ramón Daniel Pizarro expresa, después de argumentar que los daños a la “persona” deben ser designados como daños “morales”, que “en síntesis, en nuestro Código Civil (el argentino) sólo se establecen dos tipos de daño: daño patrimonial (emergente y lucro cesante) y daño moral”. Por lo tanto, sujetándose a esta normatividad, ya superada por la realidad de la vida, Pizarro concluye que “las lesiones a la

integridad sicofísica, a la estética, a la vida de relación constituyen **formas de lesividad**, que pueden generar -según la índole de los **intereses afectados** y de las proyecciones (patrimoniales o espirituales) de sus **consecuencias**- daño patrimonial o daño moral (o ambos)”²⁷. Es decir, Pizarro se ciñe a la normatividad preexistente para desestimar la genérica categoría de daño a la persona. Priman, en este caso, los conceptos, las meras formas, sobre la realidad de la vida humana intersubjetiva.

Otro pasaje del libro de Pizarro, por lo demás elocuente para comprender la posición del profesor de Córdoba, es aquel en el que estima que entre los diversos términos que se utilizan en doctrina comparada para designar al daño moral -como son perjuicio moral, daño extrapatrimonial, daño no patrimonial, daño a la integridad espiritual- prefiere el de “daño a la integridad espiritual”. Fundamenta esta preferencia en que ella “refleja más acabadamente la esencia misma del menoscabo que es siempre un **“daño jurídico”**. Si para Pizarro la “esencia misma” del menoscabo que se genera por el daño “moral” es siempre **jurídico**, cabe preguntarse entonces la razón por la cual sigue utilizando la expresión “moral” para referirse a lo que, esencialmente y como él mismo lo reconoce, es un daño “jurídico”. De otro lado, al considerar el autor que “daño a la integridad espiritual” es el que goza de su preferencia entre los anteriormente nominados, pareciera que sólo aprecia en el daño “moral” un aspecto espiritual, vinculado con el núcleo existencial de la persona, dejando de lado el daño sicofísico o sicosomático. El “daño a la integridad espiritual” no es tampoco descriptivo de su objeto, pues quedan fuera de sus lindes conceptuales una multiplicidad de daños que, preponderantemente, no son “espirituales”²⁸.

A este propósito no podemos olvidar que el ser humano no es sólo espíritu. Es, también, naturaleza. Por algo somos, en este último sentido, animales mamíferos. El ser humano, enraizado en la naturaleza, adquiere dignidad por ser, además, espiritual. Es decir, por su intrínseca calidad ontológica de ser libertad. Una completa y correcta comprensión del ser humano lo debe aprehender en esta su compleja realidad. Por ello, tiene razón ese fino filósofo cristiano, que es Emmanuel Mounier, cuando sostiene que el “espiritualismo y el moralismo” resultan “impotentes” para describir lo que es el ser humano integral “porque descuidan

²⁷ PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral, cit., pág. 85.

²⁸ PIZARRO, Ramón Daniel. Daño moral. Op cit., en nota de la pág. 88.

las sujeciones biológicas y económicas". Es así que nos muestra, siempre con razón, que en este empeño resulta también impotente "en igual medida, el materialismo, por la razón inversa". Es así que, como expresa el autor, que es cierto que la vía del instinto y la explicación por la economía "son una vía de aproximación a **todos** los fenómenos humanos, inclusive los más elevados". Pero, añade con precisión, que "en cambio, ninguno, ni siquiera el más elemental, puede ser comprendido sin los valores, las estructuras y las vicisitudes del universo personal, inmanente en calidad de fin a todo espíritu humano, y al trabajo en la naturaleza"²⁹.

Hay aún más argumentos que se nos ofrecen para explicar la posición adoptada por Pizarro. En efecto, en otro párrafo de su obra expresa el autor que, pese a lo argumentado con referencia al daño a la integridad espiritual, "preferimos utilizar el término daño (o agravio) moral por adecuarse mejor a nuestras tradiciones y, además, por ser el que utiliza la ley a la hora de su regulación legal"³⁰. En síntesis, encontramos expuestos en este pasaje los dos cardinales argumentos esgrimidos por Pizarro para seguir utilizando el concepto de "daño moral" en vez de el de "daño a la persona": el respeto a la **tradición** y la **adecuación a la ley**. Ciertamente, no compartimos este punto de vista, pues ni una tradición, por más antigua que sea, ni una norma legal pueden detener el avance de la ciencia jurídica cuando esta se ciñe a la realidad de la vida. La vida, expresada en las conductas humanas intersubjetivas, es la que señalan el camino del Derecho después de ajustarse a una correcta valoración. Las normas regulan, valiosamente, una realidad humana preexistente. Debemos, por ello, en dinámica actitud sustituir todas aquellas normas que distorsionan, desnaturalizan o desvirtúan la realidad de la vida, que es donde se genera primariamente el Derecho.

Quien, contrariamente a la posición adoptada por Pizarro, no se resigna a seguir utilizando el inadecuado concepto de daño "moral" para designar el daño a la "persona" es el jurista argentino Ricardo Lorenzetti. Según este autor, el proceso evolutivo de la vida humana de relación nos sitúa en una simultánea y paralela evolución del Derecho, en cuanto todo lo que está en la vida está en el Derecho. Para Lorenzetti, la lenta y paulatina evolución del Derecho justificaría la sustitución del restringido

concepto de daño moral por el más amplio y genérico de daño a la persona, en la medida que esta expresión refleja con mayor elocuencia los alcances que la doctrina y la jurisprudencia le asigna a este último concepto³¹. De acuerdo al pensamiento de Lorenzetti, la doctrina y la jurisprudencia deberían inducir a los legisladores a adecuar la ley a las nuevas realidades de la vida.

Compartimos plenamente la posición de Lorenzetti, la misma que valoriza a la jurisprudencia como fuente del Derecho y a la doctrina como vivero de constantes verificaciones de lo que sucede en la vida para crear nuevas instituciones o perfeccionar las existentes para adecuarlas a la cambiante realidad. La vida es dinámica. El Derecho, que es primariamente vida valorada y normada, también lo es. Reiteramos nuestra convicción de que todo lo que está en la vida social está en el Derecho.

Los conceptos, en cuanto estructuras del pensamiento, son intencionales en cuanto se refieren a objetos de la realidad o a objetos creados por la imaginación. Así, designamos con el concepto de árbol una realidad del mundo, un objeto real, o con el concepto de unicornio un objeto ideal, que no se halla en el espacio sino tan sólo en el tiempo. Con el concepto "daño moral" hemos designado una experiencia humana como es la de "dolor o sufrimiento" en tanto respuesta a un daño sufrido. Frente a daños al cuerpo, a la psique, a la libertad, que son contenidos diversos al de dolor o sufrimiento, corresponde utilizar otro concepto, diferente al de árbol, unicornio o daño moral, cada uno de los cuales tiene una precisa referencia objetual. A estos daños, que desbordan lo que se conoce como dolor o sufrimiento, corresponde, como hemos venido insistiendo, el concepto genérico, amplio, comprensivo, de "daño a la persona".

Es satisfactorio comprobar que, aparte de la nuestra, se alzan otras autorizadas voces coincidentes con nuestra posición tendente a incorporar el tradicional concepto de daño "moral" dentro del más amplio y comprensivo de daño a la "persona". No se trata en estos casos de un capricho lingüístico, o de un superficial afán de innovar por innovar o de atribuir diversas "etiquetas" a un mismo objeto, sino que esta actitud responde primariamente a una comprensión de lo que estructuralmente es el ser

²⁹ MOUNIER, Emmanuel. El personalismo. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1962. p. 15.

³⁰ PIZARRO, Ramón Daniel. Daño moral. Op cit., en nota de la pág. 88-89.

³¹ LORENZETTI, Ricardo. El daño a la persona (Solución de casos de colisión de Derechos Fundamentales), En: La Ley. D-1013-n° II. Buenos Aires, 1995.

humano. Como lo hemos sostenido en otras sedes, a través de los años, quien no conoce, lo mejor que sea posible, lo que es el ser humano, no está en aptitud de comprender lo que sea el instrumento a su servicio denominado "Derecho". No se puede concebir al Derecho sin colocar al ser humano, tal como es él, en el centro del sistema. No es teóricamente posible proteger al ser humano, individual y socialmente considerado, si no se conoce a cabalidad el objeto a proteger. El conocimiento del ser humano, eje y centro del Derecho, es previo a un conocimiento del universo jurídico.

Estimamos de sumo interés continuar reflexionando, con apertura mental y con serenidad científica, en torno a los argumentos que sobre este específico tópico de daño a la persona y sus alcances, vierten juristas de reconocida trayectoria académica y prestigio internacional, alcanzado por el mérito de sus obras y de sus intervenciones en certámenes científico-jurídicos. Nos referimos, entre otros, a destacados profesores como Jorge Mosset Iturraspe y Carlos A. Parellada, de la Argentina, Gustavo Ordoqui Castilla, del Uruguay, Pietro Rescigno y Francesco D. Busnelli, de Italia, Víctor Pérez Vargas, de Costa Rica, Clovis do Couto e Silva, del Brasil. Todos ellos, y otros más, enfatizan sobre el acierto del Código Civil peruano de 1984 al haber incorporado en su artículo 1985 el daño a la persona, sin limitación alguna, así como los aportes de la doctrina nacional en cuanto a este tema y, puntualmente, sobre el concepto y consecuencias del "daño al proyecto de vida". Del mismo modo, se hace referencia al nítido distinguo entre el daño a la persona y el daño moral.

5. DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL EN LA DOCTRINA JURÍDICA LATINOAMERICANA

Desde que empezáramos a tratar el tema del daño a la persona comprendimos que el mal llamado daño moral, en cuanto dolor o sufrimiento (*pretium doloris*), era un daño psíquico, más precisamente emocional, por lo que quedaba comprendido, como lo hemos reiterado, dentro del genérico daño a la persona. El daño a la persona, como lo hemos manifestado, es un daño psicosomático cualquiera o un daño a al ejercicio de la libertad en cuanto "proyecto de vida". Por lo tanto, como es comprensible, todos y cualquier daño al ser humano, cualquiera sea su especie o tipo,

es, genéricamente, un daño a la persona. Los otros daños son daños a las cosas, a los objetos mundanales. Esta posición, desde la década de los ochenta, la hemos reiterado en todos los trabajos que hemos dedicado al daño a la persona así como los referidos al daño psíquico y al daño al proyecto de vida. A ellos nos hemos referido en su lugar.

Son cada día más numerosos los autores que, tanto en Europa como en Latinoamérica, se han convencido del acierto y pertinencia lingüístico-conceptual de utilizar la expresión "daño a la persona" para designar con este concepto todos los variados daños que se pueden ocasionar al ser humano. En esta oportunidad nos referiremos a los autores latinoamericanos pues de los europeos nos hemos ocupado en precedentes trabajos sobre la materia.

Con ocasión del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima en setiembre de 1994 para conmemorar los diez años de vigencia de nuestro Código Civil, Mosset Iturraspe se ocupó del importante y polémico tema referido al concepto y alcances del daño moral en su relación con el daño a la persona. En dicha oportunidad el maestro argentino destacó la clara distinción que existe entre el daño a la persona y el daño moral. En su ponencia sobre «El daño a la persona» expresa que «la sanción del Código Civil del Perú de 1984, con su artículo 1985, al separar el daño a la persona del daño moral, logró un resultado sorprendente: permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconcepciones que nos ataban a una clasificación decimonónica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada»³².

Mosset Iturraspe fue enfático al sostener con toda razón en dicha oportunidad que «la reparación del dolor es ahora un capítulo pero no toda la materia» y que «con el dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la salud, entendidos de una manera plena e integral». Por ello, sostiene con clara percepción que «el centro de la cuestión no es más el dolor: es el hombre, la persona, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias»³³.

Por todo lo expuesto Mosset Iturraspe, en su ponencia «Más allá del daño moral: el daño a la persona», puede sostener con sólidos argumentos que la ex-

³² MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño a la persona en el Código Civil peruano. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. Tomo I. Lima: W.G. Editor, 1995. p. 213.

³³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño a la persona en el Código Civil peruano, Op cit. p. 213.

presión «daño moral» es «una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas», por nuestro «aferrarnos a las tradiciones jurídicas»³⁴.

Continuando con su lúcido análisis del problema concerniente al daño moral, el prestigioso autor argentino estima que algunos autores se resisten a eliminar en los Códigos Civiles la específica categoría del daño moral, sustituyéndolo por el más amplio y comprensivo concepto de daño a la persona, sólo por razones vinculadas «con su prestigio, con su abolengo, con su tradición jurídica». Alejándose de esta posición, el profesor Mosset Iturraspe reiteró en aquella ocasión que «hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la de daño a la persona». La afirmación del profesor santafecino se sustenta en varias contundentes razones como son, entre otras, que «el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión». Al inquirir por lo que significa realmente el daño moral se respondía, con realismo, «que el llamado daño moral no es otra cosa que un simple daño jurídico, un daño a la vida de relación que otro me causa». De ahí se puede sostener con Mosset Iturraspe, con toda verdad, que el denominado daño moral «no es un problema de eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. No es moral, es jurídico. ¡Y se llama moral!»³⁵.

Habría que recordar en este caso que, por razones tradicionales, a la persona que actualmente se identifica como «jurídica» se le designó, tal como lo hemos recordado, como «persona moral». Felizmente los juristas fueron, poco a poco, eliminando de su léxico la expresión «persona moral» para designarla como lo que es, es decir, una persona «jurídica», una persona para el Derecho. Ante esta saludable reacción frente a una equivocada tradición, cabe esperar que los juristas, por idénticas razones, abandonen, aunque sea lentamente en el tiempo, la expresión «daño moral» para aludir a un específico «daño jurídico» que, en el caso bajo tratamiento, consiste en un «daño a la persona», obviamente de naturaleza jurídica. Es, en síntesis, un daño jurídico que lesiona a la persona en cualquiera de sus múltiples «maneras de ser».

¿A qué obedece que Mosset Iturraspe haya percibido, con tal nitidez conceptual, los alcances del daño a la persona así como la definida distinción entre daño moral y daño a la persona? La respuesta fluye de manera rápida. Mosset Iturraspe no pertenece a la categoría de juristas dogmáticos que sólo navegan, dotados de conocimientos y con suma destreza, por los vericuetos y meandros normativos del derecho. Por el contrario, él no se desplaza únicamente a nivel de la Dogmática Jurídica para comprender las cimas y las simas del Derecho. Mosset Iturraspe no se deja atrapar por la red de las construcciones conceptuales con despreocupación por sus contenidos humanos y por los valores en ellos vivenciados. El profesor de Santa Fe y Buenos Aires, sin dejar de lado la dimensión normativa del Derecho, la trasciende, única manera que nos permite obtener una visión global y completa del Derecho, alejada de toda distorsión unilateral.

Al trascender la pura e imprescindible normatividad, Mosset Iturraspe encuentra al ser humano, de carne y hueso, artífice y destinatario del Derecho. Se tropieza con una persona que no es otra cosa que una unidad sicosomática sustentada en su libertad. Asume al ser humano en su bidimensionalidad estructural y lo concibe como un ser espiritual que vivencia valores. Visto el Derecho desde estas fundamentales perspectivas, es decir, de la existencial y de la valorativa, es posible, con facilidad, comprender cómo el daño al proyecto de vida, que compromete la libertad del ser humano, es el daño más grave a que puede estar sometida la persona. Y sólo también, al considerar al ser humano como una unidad sicosomática, se puede comprender, con igual facilidad, que el mal llamado daño «moral», en cuanto dolor o sufrimiento, es decir, en tanto daño emocional, integra el genérico concepto de daño a la persona. ¿O es que lo moral no es inherente a la persona?

En esta misma posición en cuanto a los alcances del daño moral se sitúa el destacado jurista uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla. Sostiene, con meridiana claridad, que «el daño personal es un concepto genérico dentro del cual el daño moral no es nada más que una especie, pues existen toda una serie de lesiones a la persona, en las que no se afecta básicamente su sentimiento, no se causan sensaciones de dolor, pero no obstante se afecta a la dignidad o a la integridad de la persona»³⁶. Para

³⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Mas allá del daño moral: el daño a la persona. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. Tomo II. Lima: W.G Editor, 1995. p. 408.

³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Mas allá del daño moral: El daño a la persona. Op cit. p. 406-407.

³⁶ ORDOQUI, Gustavo. Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. Tomo II. Op. cit. p. 413.

Ordoqui, como para muchos otros juristas de nuestro subcontinente, en el daño moral «se destaca la existencia de una lesión psíquica, una afección a los sentimientos, una sensación de dolor, de sufrimiento, que tiene la fuerza, intensidad y duración, que dependerá de la persona». Es decir, y como también lo anota el autor, «lo que se afecta concretamente es un estado de ánimo», por lo que el «daño moral se caracteriza por ser esencialmente transitorio, y tiende a desaparecer con el tiempo»³⁷. Nos complace la coincidencia de puntos de vista existentes entre el enjundioso profesor uruguayo y el autor de este trabajo.

Como se advierte del análisis de todos los agudos como profundos comentarios vertidos por profesores latinoamericanos, anteriormente glosados, es cada día mayor el número de autores que comprenden que el llamado “daño moral” es tan sólo un aspecto del más genérico daño a la persona, tesis que venimos sosteniendo con insistencia desde la década de los años ochenta, época en que replanteamos la sistematización del daño a la persona.

Es por todo lo expresado en precedencia que Mosset Iturraspe, refiriéndose a nuestro Código Civil de 1984, considera que «tal vez lo que ha faltado en el Proyecto del 84, y yo desearía que no faltara en esta reforma que está en gestación, es el coraje, la decisión que a veces hay que tener para romper esas fórmulas que tienen una larga tradición jurídica como rompimos las fórmulas de los daños y perjuicios». En relación con la justa preocupación expresada por Mosset Iturraspe es del caso recordar lo que en párrafos anteriores hemos explicado en el sentido de que, pese a nuestra convicción de eliminar el concepto de “daño moral” como voz autónoma en los artículos 1984 y 1985 de nuestro Código -desde que esta voz se integra dentro de la de “daño a la persona”-, ello fue imposible porque por aquella época no todos los codificadores veían aún con suficiente claridad la novedosa distinción de género a especie que existe entre “daño a la persona” y “daño moral”. Como apreciaremos más adelante, esta situación ha sido ya superada a nivel de la Sub Comisión encargada de redactar el proyecto de enmiendas al Código Civil de 1984 en lo concer-

niente a la Responsabilidad Civil³⁸. En efecto, en el proyecto que está en proceso de elaboración se ha eliminado la voz “daño moral” en los artículos citados, habiendo sido sustituida por la de “daño a la persona”. Esperemos que esta posición, en su momento, sea acogida por la Comisión de Reforma.

Mosset Iturraspe, reflexionando sobre el tema del Derecho de Daños se pregunta, con impecable lógica, en torno a ciertas dogmáticas afirmaciones: «¿Por qué daños y perjuicios o esa otra, que todavía seguimos repitiendo, que hay que tener en cuenta la moral y las buenas costumbres? Pero qué es la moral sino las costumbres, y las buenas costumbres son la tradición».³⁹ En efecto, son todavía numerosos los hombres de Derecho que no consideran que en el concepto “daño” se integran la lesión, considerada en sí misma, o daño-evento, y las consecuencias o perjuicios derivados de la misma, o daño-consecuencia. Ambas situaciones vendrían a ser como las dos caras de una misma moneda, pues si no hay lesión no hay perjuicios y viceversa. De otro lado, también no es infrecuente apreciar como conceptos equivalentes los de “moral” y “buenas costumbres”. Estimamos, con Mosset Iturraspe, que la moral es subjetiva mientras que las costumbres constituyen la llamada moral social.

Mosset Iturraspe, luego de recordarnos los dos casos antes citados, donde los juristas acriticamente rinden culto a una equivocada tradición, concluye expresando que esa misma muletilla, que aprendió desde sus primeros años de estudiante, es la que se repite tratándose del «daño moral». Y luego de esta comprobación es dable preguntarse si seremos capaces los juristas peruanos de dar un salto de calidad a fin de atender los fundados reclamos que nos formula el maestro Mosset Iturraspe, los que no fueron escuchados en el momento en que se elaboró el Código Civil de 1984. Estimamos que en la actualidad, dada la actitud unánimemente asumida por los miembros de la Sub Comisión de reforma de la parte correspondiente a la Responsabilidad Civil en el Código vigente, antes reseñada, podríamos considerar que existe la probabilidad de que logremos tan ansiada meta. Así, obtendríamos atender la razonable crítica del eminente jurista

³⁷ ORDOQUI, Gustavo. Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona. En: «Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas». Tomo II. Op. cit. p. 413.

³⁸ La referida Sub Comisión, cuya coordinación corre a cargo de quien esto escribe, está integrada por el doctor Carlos Cárdenas Quirós. Participan en ella los asesores doctores Gastón Fernández Cruz, Lizardo Taboada y Eduardo Seminario Stulpa.

³⁹ MOSSET ITURRAPE, Jorge. Mas allá del daño: el daño a la persona. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. Tomo II. Op. cit. p. 413.

argentino cuando, refiriéndose al artículo 1985 del Código Civil peruano -que menciona independientemente «daño a la persona» y «daño moral»- advierte que «esta actitud contradictoria o si se quiere pleonástica, que es una reiteración, una repetición en el modo de enfocar el mismo menoscabo». Como se desprende de lo escrito en estas páginas compartimos plenamente la posición puesta de manifiesto por Jorge Mosset Iturraspe.

Frente a la justa y lógica observación de Mosset Iturraspe, cabe entonces hacer patente, a su vez, nuestra frustración al no haber podido, pese a nuestra propuesta, superar dicha contradicción cuando formulábamos el Código Civil de 1984. El ambiente, en aquel entonces, no era propicio. Cuando nos hallamos en el umbral de un nuevo milenio estamos convencidos de que los juristas peruanos estamos en condiciones para dar un paso a tan importante como es el reajuste conceptual de los citados numerales 1984 y 1985 del Código Civil. Esperamos, con convicción, que ello ocurra en un próximo futuro. Se ha logrado un avance importante cuando la Sub Comisión encargada de elaborar las enmiendas a la parte de la responsabilidad civil de nuestro Código, como está dicho, ha acordado subsumir el concepto de daño moral dentro del más genérico de daño a la persona. De ahí que ha eliminado toda referencia específica al daño moral en el proyecto que viene preparando y que, en su oportunidad, someterá al pleno de la Comisión de Reforma. En este sentido, de aprobarse el proyecto, se modificaría la redacción de los artículos 1984 y 1985 del Código Civil y todos aquellos que les son concordantes.

Como se advierte de todo lo precedentemente expuesto, el enfoque y los argumentos esgrimidos por Mosset Iturraspe y Ordoqui Castilla son decisivos para una mejor comprensión del asunto referente a los alcances y destino del mal denominado daño "moral". Por ello, consideramos que no es necesario agregar nada más a la fina percepción de tan lúcidos juristas en lo que atañe a la inclusión del concepto de daño moral dentro de la genérica categoría de daño a la persona.

6. OPINIÓN DE LOS COMENTARISTAS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El jurista argentino Héctor Pedro Iribarne en el prólogo de su libro "De los daños a la persona",

después de declarar que su exposición sobre el tema se sustenta "en las corrientes del pensamiento jurídico superadoras de quienes restringen el Derecho a su dimensión normativa"⁴⁰, sostiene con acierto que "el compromiso de conferir efectiva vigencia al principio de la reparación integral en materia de daños a la persona presupone una opción axiológica"⁴¹. En estos dos conceptos Iribarne deja sentado que para comprender que es el Derecho hay que partir de la vida humana y de su consiguiente valoración axiológica, ya que estas dos dimensiones son previas a una formulación normativa. Si nos aferramos a una concepción formalista, que reduce lo jurídico a la ley, por lo que no está en ella contenido no interesa al Derecho, se comete, a nuestro entender, un grave error de enfoque, a partir del cual jamás se comprenderá el significado y trascendencia del daño a la persona. Para aprehender en profundidad la cuestión atinente al daño a la persona hay que situarse dentro de una perspectiva tridimensional y personalista del derecho.

El otro concepto en el que incide Iribarne es aquel que traduce el propósito, justo y lógico, de lograr a través de la normatividad una reparación integral de los múltiples daños a la persona, más allá del restringido concepto de daño moral o del de otras específicas denominaciones. Estas voces, que circularon tanto en la doctrina como en la jurisprudencia antes que se tuviera una visión integral y una adecuada sistematización del daño a la persona, se refieren a lesiones o agravios a determinados aspectos del ser humano, los mismos que en la actualidad son asumidos dentro del genérico concepto de "daño a la persona". Fue así que, para referirse a una determinada lesión a un aspecto del ser humano, se pusieron en circulación voces tales como las de "daño estético", "daño sexual" o "daño a la vida de relación", para citar tres de las más socorridas denominaciones que encontramos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia al tratar del daño a la persona.

Al nivel histórico en que nos hallamos, tales específicos daños, que inciden en la salud o bienestar del ser humano, han sido sistemáticamente asumidos dentro del genérico y comprensivo concepto de daño a la persona. Ello no significa, por cierto, que tales daños hayan desaparecido. Como es obvio, siguen existiendo, aunque han perdido la autonomía sistemática que se les pretendió otorgar.

⁴⁰ IRIBARNE, Héctor Pedro. De los daños a la persona. Buenos Aires: EDIAR, 1993. p.7.

⁴¹ IRIBARNE, Héctor Pedro. De los daños a la persona. Op. cit. p. 7.

Las expresiones de Iribarne vertidas en 1993, que hemos glosado en precedencia, coinciden plenamente, como se advierte, con la decisión de incorporar al Código Civil peruano de 1984 la ilimitada reparación del daño a la persona y con el propósito de superar el restringido concepto de "daño moral" para lograr la más amplia e integral protección del ser humano frente a cualquier tipo de daños que se le pudiera causar, sin excepción alguna.

Alberto Bueres reconoce, al menos, un valor y un resultado a la doctrina que, en años recientes, ha venido trabajando para elaborar la noción de daño a la persona a fin de comprender en ella no sólo el dolor o sufrimiento sino toda la inmensa gama de daños que puede sufrir el ser humano en cuanto unidad sicosomática sustentada en su libertad. En este sentido, manifiesta que la doctrina y la jurisprudencia producida sobre el daño a la persona "han tenido el innegable valor de alertar a los juristas sobre la necesidad de pasar de un anacrónico y por demás injusto sistema de tipicidad del ilícito a un sistema de atipicidad del ilícito", es decir, del daño⁴².

Jorge Mosset Iturraspe, en un trabajo publicado en 1992, expresa que los aspectos más sobresalientes en las cuestiones generales sobre la temática de la persona en los últimos cinco años, son «la aparición del denominado daño a la persona» y «el afianzamiento de la nueva comprensión o alcance del daño moral». Reconoce que el daño a la persona es «una expresión o fórmula que ha nacido al conjuro del artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984». Resalta, recogiendo el aporte de la doctrina nacional, que el «daño a la persona, en su más honda acepción (...) es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona». Y, agrega, que «se trata de un hecho de tal magnitud que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación»⁴³.

El profesor argentino pone de manifiesto, en otra publicación sobre el tema, que «la idea promisoriosa y

fecunda del daño a la persona fue defendida en el Perú (...) y de ahí se extendió a toda América»⁴⁴. Mosset Iturraspe, con fina percepción y visión profunda sobre el ser humano y el Derecho, dotado de sensibilidad humanista, logra penetrar, con rapidez y destreza, en lo que significa el "daño al proyecto de vida" que es el más hondo y radical núcleo del daño a la persona. Por ello puede afirmar, sin titubeos, que el daño al proyecto de vida es un hecho de "tal magnitud" que tendría como fatal y grave consecuencia el truncar la plena realización de la persona.

Estimamos que Mosset Iturraspe, a través de certeras como lúcidas apreciaciones, coloca el "daño al proyecto de vida" en el lugar que le corresponde dentro de la múltiple gama de daños a la persona. Es decir, lo ubica como el más devastador daño que se le pueda ocasionar a una persona en la medida que compromete su libertad, su más honda vocación y su futuro.

El maestro italiano Pietro Rescigno, por su parte, coincidiendo con numerosos comentaristas, en su calidad de miembro del panel que se constituyó con ocasión del Congreso Internacional sobre "El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano" reunido en Lima en 1985, al referirse y comentar la incorporación de la reparación del daño a la persona, sin limitación alguna, dentro del Código Civil peruano anota, con la autoridad que se le reconoce a nivel internacional, que «debe señalarse la relevancia» del tema,⁴⁵ por lo que "merece ser retomado y desarrollado".

De otro lado, el jurista costarricense Víctor Pérez Vargas, al expresar la necesidad de introducir en el Código Civil de Costa Rica la Reparación Civil por daño a las personas, comenta que «convendrá detenerse a meditar sobre la oportunidad de regular el daño a la persona, lo que habrá de hacerse dentro del Libro de las Personas, que es el lugar sistemáticamente adecuado». Y agrega que «la doctrina, en particular italiana y peruana, ha venido afirmando la necesidad de una tutela integral del ser humano con la introducción de la categoría del

⁴² BUERES, Alberto. El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 1 Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992. p. 263-264.

⁴³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El valor de la vida humana. 3ra. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. p. 327.

⁴⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 1. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1992. p. 22.

⁴⁵ RESCIGNO, Pietro. Comentarios al libro de Derecho de las Personas del nuevo Código civil peruano de 1984. En: El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico latinoamericano. Op. cit. p. 244.

daño a la persona, visto éste como el que incide en el proyecto de vida frustándolo»⁴⁶.

Al comentar el tema concerniente al daño a la persona, Pérez Vargas enfatiza sobre el significado del aporte de la doctrina peruana al concebir que el daño al proyecto de vida es el más profundo y decisivo que se puede causar al ser humano. Al respecto señala que «no basta indemnizar el daño patrimonial y el daño moral: hay otro tipo de daño extrapatrimonial, donde la incidencia no es sólo afectiva, sino que se da sobre la más importante proyección libre de la persona, su propio proyecto de vida». Pérez Vargas resalta el hecho de que «en este campo, el nuevo Código civil peruano establece el deber de indemnizar por el daño a la persona, independiente del daño patrimonial y del daño moral»⁴⁷.

El mismo autor, haciéndose eco de la crítica de orden sistemático que formuláramos en su oportunidad sobre la ubicación del daño a la persona en el sentido que se debió haber recogido en el Libro sobre el Derecho de las Personas, más precisamente en el artículo 17 y no en la parte correspondiente a la Responsabilidad Extracontractual, señala que «lo importante es que el nuevo texto (artículo 1985) establece el daño a la persona como categoría con relevancia autónoma y la posibilidad de reclamar su reparación como derecho autónomo frente al que corresponde al daño moral en sentido estricto o al daño patrimonial». Concluye expresando que, «a pesar de las críticas de técnica legislativa por falta de sistemática, no hay duda de que en esta materia el Código peruano se pone a la cabeza en el mundo, mejorando incluso la situación del Derecho italiano, reconociendo la específica tutela a otro derecho de la personalidad: el derecho a la construcción del propio proyecto de vida»⁴⁸.

El profesor italiano Francesco D. Busnelli, a quien tanto se le debe por el desarrollo doctrinario alcanzado en la actualidad sobre el tema referido al daño a la persona, ha puesto en evidencia, en diversas oportunidades, el acierto del codificador peruano al haber introducido en el Código Civil de 1984 un

artículo como el 1985, el mismo que obliga a reparar el daño a la persona sin limitación alguna. Busnelli, en uno de sus enjundiosos y documentados trabajos, incide específicamente en este hecho cuando sostiene que «otro aspecto importante de la modernización de las técnicas de tutela de los derechos de la personalidad puede deducirse del artículo 1985, que prevé la obligación de reparar el daño a la persona, entendido este daño como una voz distinta tanto del lucro cesante (derivado, por ejemplo, de una disminución de la capacidad de trabajo), cuanto del daño moral en sentido estricto (que se resuelve en los sufrimientos psíquicos, en las perturbaciones de ánimo, etc.)»⁴⁹.

Reviste singular importancia que uno de los más eminentes tratadistas contemporáneos sobre el daño a la persona, como es el reconocido caso del profesor Busnelli, coincida y avale la posición asumida por la doctrina nacional. Es decir, en el sentido que la protección a la persona no se limita a resarcir los daños que afectan solamente las rentas del trabajo, o sea al hombre trabajador o propietario, sino que se debe reparar cualquier lesión que se infiera al ser humano, cualquiera sea su actividad.

El citado autor italiano, como muchos otros destacados tratadistas de la materia, ha remarcado también, en coincidencia con Mosset Iturraspe y tal como se ha podido apreciar de la cita transcrita, que el daño moral es sólo un aspecto del genérico daño a la persona.

Busnelli considera que el alcance del artículo 1985 del Código Civil peruano permite y ofrece un nuevo criterio para una protección integral del ser humano, de cualquier ser humano, ya sea infante, adulto, anciano, desocupado, ama de casa, jubilado, religioso, etc. En este sentido hace notar que «la previsión del artículo 1985, en concordancia con las normas del Libro Primero que delinean un sistema de protección de la vida y de la salud humana (arts. 5 y siguientes) permite otorgar fundamento normativo directo a un nuevo criterio de valorización del daño a la persona, el que sirve para cambiar los tradicionales criterios jurisprudenciales según los

⁴⁶ PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado. San José de Costa Rica: Publitex S.A., 1988. p. 116.

⁴⁷ PÉREZ VARGAS, Víctor. La responsabilidad profesional médica por daños a la integridad física. En: El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico latinoamericano. Op. cit. nota 3 de la pág. 252.

⁴⁸ PÉREZ VARGAS, Víctor. La responsabilidad médica por daños a la integridad física. En: «El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano», cit., pág. 431.

⁴⁹ BUSNELLI, Francesco D. La tutela de la persona humana: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano. En: «Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano». Lima: Editorial Cuzco, 1990, pág. 52.

cuales, cuando un individuo sufre una disminución física, el daño resarcible no es referido directamente a la lesión de la salud, sino a la consiguiente (y sólo eventual) violación de un interés económico del mismo individuo, con particular referencia a la falta de ganancia, normalmente determinado en relación a la capacidad de trabajo de cada sujeto»⁵⁰.

El jurista argentino Carlos A. Parellada, por su parte, destaca también la importancia del tratamiento del daño a la persona dentro del Código Civil peruano, el mismo que, según su opinión, sintoniza con las nuevas corrientes de pensamiento que circulan entre los juristas en lo tocante a los alcances de la Responsabilidad Civil, las mismas que centran su preocupación en la reparación de la víctima. En este sentido reconoce que «es precisamente un mérito del Derecho peruano el haber captado la nueva línea del pensamiento, que inspirada en un humanismo integral, persigue la traslación del eje distintivo del daño según su objeto, de aquella concepción patrimonialista a una nueva, inspirada en el valor esencial del ordenamiento jurídico: la dignidad e integridad de la persona humana». Y resalta, en este orden de ideas, el daño a la persona «entendido en su profundo y significativo sentido de la frustración del proyecto de vida de la víctima, el que conmueve a tal punto el espíritu que implica un nuevo rumbo en la vida, pues la posibilidad de ser, de responder al llamado de la vocación, ha sido truncado por acto ilícito o incumplimiento del contrato»⁵¹.

El recientemente desaparecido maestro brasileño Clovis V. de Couto e Silva, al referirse a la incorporación del daño a la persona y a la pluralidad de trabajos que sobre el particular se han elaborado y en los cuales se acepta la nueva denominación, expresa que el alborozo y la satisfacción profundas que ello ha despertado, «constituye la mejor prueba de la acogida que el Código peruano tuvo, al incorporar la nueva categoría»⁵². El maestro Couto e Silva expresó en un «Congreso Internacional sobre Daños» reunido recientemente en Buenos Aires que, a nivel latinoamericano, era la Argentina el país donde más y mejor se había desarrollado la teoría del daño en relación con las cosas, mientras que era el Perú aquél donde había ocurrido lo mismo en lo que atañe al daño a la persona.

Es así como a través de los numerosos comentarios que se han vertido de parte de juristas de diversos países en torno a los desarrollos de la doctrina peruana sobre la categoría del daño a la persona, en especial del daño a la libertad o daño al proyecto de vida, así como sobre el énfasis puesto en diferenciar el daño a la persona del daño moral, se pone de manifiesto el avance que se ha producido en el Derecho comparado con la incorporación, en nuestro Código Civil, del daño a la persona o daño subjetivo.

La novedad que supuso la introducción en el Perú, en la década de los ochenta, del daño a la persona despertó ciertas perplejidades y hasta encontró la oposición de algún especialista en lo que a Responsabilidad Civil se refiere. Estas explicables reacciones frente a una importante innovación duraron poco tiempo, pues se aquilató prontamente la importancia del daño a la persona y se advirtió el respaldo otorgado por la doctrina extranjera que, como se ha podido apreciar, fue elocuente y unánime.

7. EL DAÑO A LA PERSONA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA

Lamentablemente, el Derecho nacional presenta un panorama sombrío si nos atenemos a su nulo desarrollo jurisprudencial. No es suficiente para iluminarlo a plenitud los aislados esfuerzos de la doctrina y los avances que se observan a nivel legislativo. Esta deplorable situación, que se arrastra por casi cincuenta años, es principalmente producto de la inestabilidad jurídica y política en que, desde hace varias décadas, está sumido el país por acción de gobiernos autoritarios y dictatoriales. Ellos han sometido a sus designios al Poder Judicial, contribuyendo de este modo a desalentar vocaciones, a corromper conciencias, a impedir el pleno desarrollo de la personalidad de los jueces valiosos y probos que lo integran.

Bien lo sabemos, no sólo sobre la base de nuestra concepción del Derecho sino también por las enseñanzas de la Historia, que poco o nada vale el desarrollo que experimenten la doctrina y la legislación si él no está acompañado de una acertada y creativa jurisprudencia que aplique y ponga a

⁵⁰ BUSNELLI, Francesco Donato. La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el código argentino de Vélez Sarsfield y el nuevo Código Civil peruano. En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano. Op. cit. p. 52.

⁵¹ PARELLADA, Carlos A. El daño a la persona. Las vías preventivas para su tutela eficaz. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima: 1987-89. Vol. 47. p. 169.

⁵² Las expresiones del ilustre civilista del Brasil se transcriben en el trabajo de Jorge Mosset Iturraspe: El daño a la persona en el Código Civil peruano. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. T.I. Op cit. p. 213.

prueba la legislación y que integre los vacíos que necesariamente presenta su ordenamiento legal. Si carecemos de jueces estudiosos, capaces, sensibles, satisfechos y probos nuestro Derecho continuará sumido en el estado en que se encuentra. Si no disponemos de fallos bien fundamentados, imaginativos, que rindan primariamente culto a la Justicia, veremos gravemente trabado nuestro despegue jurídico. Ello, pese a contar con algunos notables juristas y con cuerpos legales que merecen elogios por sus aportes y su buena técnica.

No obstante lo apuntado en precedencia, al acercarse el fin del siglo XX es satisfactorio apreciar cómo en el ámbito latinoamericano el daño a la persona, desarrollados por la doctrina su nueva sistemática y, en especial, el daño al proyecto de vida, empiezan a ser acogidos por la jurisprudencia comparada. Pero se observa, además, cómo también se comienza a diferenciarse los alcances conceptuales de las nociones de "daño a la persona" y de "daño moral". Del mismo modo es alentador comprobar cómo ciertos jueces, dentro de una correcta visión sistemática del daño a la persona, distinguen sus diversos aspectos y manifestaciones para llegar a una reparación independiente de cada uno de ellos dentro de un monto final y global. Así, se fija una suma por el daño biológico, sea él predominantemente somático o síquico (considerando dentro de esta voz el daño moral o emocional). Es decir, esta reparación atiende la lesión en sí misma, mientras que otro monto está destinado a cubrir el daño a la salud o bienestar de la persona. Al lado de estas reparaciones es posible encontrar también una reparación autónoma por el daño al proyecto de vida, si lo hubiere. A estos parciales rubros indemnizatorios por daños de consecuencias extrapatrimoniales deben agregarse las sumas derivadas de la indemnización establecida para compensar los daños materiales, es decir, el daño emergente y el lucro cesante. Finalmente, la suma de todos y cada uno de los indicados rubros arroja el monto correspondiente a la indemnización global que fija el juez por los diversos daños sufridos por la víctima.

Somos plenamente concientes de que si una teoría o un concepto jurídico elaborado por la doctrina o prescrito a nivel normativo no logra ser aplicado por la jurisprudencia para declarar derechos o resolver conflictos entre conductas humanas intersubjetivas, debemos desestimarlos por inútiles. El Derecho es creado por los seres humanos para convivir en paz, realizando valores, para desarrollar sus personales y colectivos proyectos de vida y para resolver los conflictos que se presenten entre ellos cuando se atenta contra el sistema jurídico. No es

éste el caso del daño a la persona, de su sistemática y, en particular, del daño al proyecto de vida ya que, como apreciaremos a continuación, empieza a germinar, con explicables imprecisiones, una cultura indemnizatoria por los daños ocasionados al ser humano. Los jueces han enriquecido su visión, limitada en precedencia a resarcir los daños con consecuencias patrimoniales, es decir, el daño emergente y el lucro cesante y, eventualmente, el "daño moral" entendido como *pretium doloris*.

En el ámbito latinoamericano y en el sentido antes indicado encontramos, entre otras, dos recientes sentencias argentinas y una peruana a través de las cuales se advierte cómo, paulatinamente, se incorpora al Derecho jurisprudencial o Derecho vivo el daño a la persona y, en especial, el daño al proyecto de vida. Al mismo tiempo, del análisis de dichos pronunciamientos se podrá apreciar cómo también, aunque con relativa imprecisión, se consolida la tendencia a indemnizar de modo autónomo los daños que generan consecuencias extrapatrimoniales de aquéllos otros de los que se derivan perjuicios patrimoniales. Finalmente, y esto hay que relievarlo, se deslindan los alcances del daño moral dentro de su tradicional acepción de *pretium doloris*, con lo cual se incorpora esta tradicional figura dentro del amplio espectro conceptual del daño a la persona.

Pasamos, a continuación, a glosar y comentar brevemente tales sentencias, dictadas en los años de 1994, 1995 y 1996, destacando en ellas el ejemplar desarrollo alcanzado por la jurisprudencia argentina dentro del ámbito latinoamericano en lo concerniente al Derecho de Daños.

a. Caso "Scaramacia, Mabel y otro contra la provincia de Buenos Aires y otros"

Una de tales sentencias se refiere al caso "Scaramacia, Mabel y otro contra la provincia de Buenos Aires, y otros sobre daños y perjuicios", fechada el 12 de setiembre de 1995. En esta causa se presentan los cónyuges Mabel Alicia Scaramacia y Carlos Alberto Kuko, por derecho propio y en representación de su menor hijo Carlos Esteban Kuko, para demandar a Pedro Cáseres, a la policía de la Provincia de Buenos Aires, a Mario Baldrich y José Luis Luzzi en su carácter de propietarios del local de baile denominado "Airport Discoteque". En síntesis, los progenitores de Carlos Esteban Kuko reclaman a los demandados por daños y perjuicios ocasionados tanto a su hijo como a ellos mismos. Nuestro comentario se limitará a los aspectos del fallo vinculados con la temática que nos ocupa.

De autos aparece que alrededor de las 03 horas del día 23 de marzo de 1989 Pedro Cáseres, policía de la Provincia de Buenos Aires, fuera de servicio y en estado de ebriedad, protagonizó una riña con los elementos de seguridad que guardaban el orden en el mencionado local de baile situado en la ciudad de Buenos Aires. Cáseres, en el calor de la reyerta, extrajo una pistola automática calibre 9 x 19, marca Browning, y disparó desde el primer piso (planta baja) hacia el segundo piso donde se encontraban numerosas personas y, entre ellas, el menor Carlos Esteban Kuko de 17 años de edad.

Carlos Esteban Kuko, a consecuencia de los disparos efectuados por el policía Pedro Cáseres, resultó herido en la cara anterior del muslo izquierdo con sección de la arteria femoral sin salida del proyectil, el mismo que quedó alojado en el cuerpo del menor, y con dispersión de una esquirla incrustada en el fémur de la víctima. En la pierna izquierda aparece una cicatriz de dieciséis centímetros de largo por tres de ancho, presentando trayectos varicosos y en el maleolo interno se observa una importante lesión trófica de la piel. También se evidencia una disminución del tono muscular del agraviado a nivel de los gemelos y una diferencia de diámetro entre ambas piernas medida a la altura media de los gemelos, la que alcanza cuatro centímetros. Así mismo, presenta dolor en la pantorrilla al efectuar la dorsiflexión del pie. Todo ello hace que la capacidad funcional de la pierna izquierda sea muy inferior a la derecha.

Según el médico legista que examinó a la víctima existe, además, la posibilidad de una lesión ulcerosa a nivel del maleolo interno. El estado en que quedó el menor Kuko después del daño produce "una muy importante disminución de la actividad deportiva que desempeñaba el actor". De otro lado, se señala que el "síndrome varicoso provoca una alteración estética notoria que requiere y requerirá en el futuro un control médico periódico y eventualmente una intervención quirúrgica ...". Las afecciones antes reseñadas "producen una disminución del 55% de la funcionalidad de la pierna izquierda que equivale al 33% del total".

Carlos Esteban Kuko se dedicaba a la práctica del fútbol en un club de la primera división y su proyecto de vida era la de ser un jugador profesional. Pertenecía a los jóvenes jugadores del Club Atlético Platense y, según los diversos testimonios que obran en el expediente, era un magnífico jugador que llegó a participar en la preparación de pretemporada del equipo de primera división. Uno de los testigos, que se desempeñaba como Presidente de la Comisión de Fútbol del mencionado club, declara que Kuko era

un volante por la izquierda, que era zurdo y que de acuerdo con sus condiciones "le habrían permitido firmar contrato como jugador profesional". Los testigos pertenecientes al club en mención declaran en el sentido que tenía "un gran futuro que se truncó por la lesión".

El Presidente de la Comisión de Fútbol del Club Atlético Platense afirma en autos que "después de la lesión su rendimiento no era el mismo" por lo que lo retrogradaron a una división inferior. Se señala que "su ubicación táctica y su condición de zurdo realzan la entidad del perjuicio por cuanto el accidente afectó su pierna izquierda" Es decir, se frustró su diseño de proyecto de vida y, sobre todo, experimentó una evidente pérdida de "chances" u oportunidades de obtener en el futuro beneficios vocacionales y económicos.

En la sentencia, que es firmada entre otros magistrados supremos por dos reconocidos, y por nosotros conocidos tratadistas, como son Augusto Belluscio y Gustavo Bossert, se expresa que "la Corte ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene **en sí misma** un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida".

En la declaración antes glosada es del caso señalar algunos aspectos que denotan de parte de los jueces de un notorio cambio en lo concerniente al Derecho de Daños. En primer término, cabe destacar que la Corte, para fijar la reparación por el daño a la persona, no toma en consideración el que ella desempeñe o no una actividad productiva, es decir, prescinde de la condición del hombre productor de renta, del *homo faber*. La reparación, por ello, atiende al simple hecho de que la víctima es un ser humano, por lo que la integridad sicosomática tiene un mismo valor indemnizable cualquiera sea la actividad de la víctima. Esta decisión resulta digna de elogio en la medida que, dentro del ámbito latinoamericano, tiene el acierto de superar una visión materialista del ser humano, cuyo valor se circunscribe al hecho de ser un ente productor de riqueza, al concebir al ser humano de una manera integral cuyo valor no depende de que sea o no productor de renta. La decisión de la Corte Suprema se inscribe, de este modo, dentro de una concepción humanista o personalista del derecho.

En segundo término, es del caso destacar la autonomía que los magistrados conceden al daño-evento, o sea a la lesión considerada en sí misma, al diferenciarla de sus consecuencias en la salud o bienestar de la víctima del daño. En efecto, en la parte de la sentencia que hemos transcrito en el párrafo anterior, se dice que la "lesión afecta diversos aspectos de la personalidad" para luego referirse a estos últimos como aquellos relacionados con el ámbito doméstico, es decir, vinculados con la vida familiar y cotidiana, con la vida de relación, con las actividades culturales y deportivas del lesionado. Finalmente, la sentencia distingue tanto la lesión "en sí misma" o daño biológico como el daño a la salud, de lo que significa "la frustración del desarrollo pleno de la vida", concepto en el que se comprende, según sea el caso, la frustración del proyecto de vida o la pérdida de "chances". Y, obviamente, todas estas voces, referidas al genérico concepto de daño a la persona, se diferencian en la sentencia de otro aspecto del mismo como es el daño "moral" o, mejor dicho, daño "emocional".

Al referir la sentencia que la lesión o daño biológico "afecta diversos aspectos de la personalidad" se está identificando con esta última frase el daño a la salud o bienestar, en la medida que en el propio pronunciamiento se hace gravitar los efectos de la lesión en la vida ordinaria y cotidiana de la víctima, como son los aspectos laborales, domésticos, sentimentales, deportivos, recreacionales, entre otros.

La independencia que para los fines indemnizatorios se reconoce a las diversas voces referidas al daño a la persona, se evidencia en la parte de la sentencia en que se fijan los montos de las parciales reparaciones que se contemplan para los diversos daños a la persona que ha padecido la víctima. Dichos montos, luego de ser sumados, nos dan el monto global de la reparación que asciende a \$ 85,000.00 pesos argentinos que, al cambio del día de la sentencia -que es a la par con el dólar americano- equivale a igual suma en dólares.

En este orden de ideas en la sentencia se señala la suma de \$ 30,000.00 (treinta mil pesos, equivalente a igual suma en dólares) como reparación por "**la gravitación de la lesión sufrida**". Como se declara en el fallo, en este monto "no corresponde incluir los gastos que originó una posible operación que, por ahora, aparece como un daño meramente eventual". No obstante que en el pronunciamiento judicial se reconoce la autonomía del daño biológico -la lesión en sí misma- de su "gravitación" en el bienestar o salud de la víctima, se ha considerado un sólo monto indemnizatorio por el daño-evento (lesión) y

por el daño-consecuencia (salud o bienestar). A nuestro juicio, dentro de una buena sistemática indemnizatoria, hubiera sido preferible que, para los efectos de la fijación de las sumas reparatorias, se independizaran estos dos específicos daños. Es decir, separar el monto de la reparación por la lesión en sí misma del asignado a su repercusión o gravitación en la salud o bienestar de la víctima.

Es dable llamar la atención en el hecho de que en la sentencia se distingue con toda claridad el daño a la persona con consecuencias extrapatrimoniales de aquel que tiene efectos patrimoniales.

Es conveniente apuntar que, para fijar la indemnización causada por la lesión en la salud o bienestar de la víctima, la Corte aclara que el "Tribunal ha utilizado un criterio reiterado en el sentido de que no cabe atenerse estrictamente a criterios matemáticos ni a los porcentajes de incapacidad fijados por los peritos médicos". Y, agrega que por ello debe atenderse a las circunstancias personales del damnificado, que contaba con 17 años en la época del accidente. Para determinar la indemnización correspondiente a este específico daño la Corte toma como base un "reiterado" criterio jurisprudencial que puede, a su vez, sustentarse en baremos o tablas de infortunios pero con la suficiente flexibilidad para no someterse estrictamente a criterios matemáticos ni necesariamente a porcentajes establecidos por los médicos legistas. El juzgador, como bien lo precisa la Corte, asume el precedente jurisprudencial o el baremo sólo a título referencial pues, como bien lo dice, debe apreciar las circunstancias del caso. Recordamos a este propósito que, por ejemplo, como señalamos anteriormente, si bien el valor de los dedos de la mano de una persona es igual al de cualquier otra, no puede dejarse de considerar las circunstancias del caso, ya que los dedos de la mano de un pianista o los de un cirujano tienen un mayor valor que el de otros seres humanos como sería el caso de una ama de casa o de un abogado.

La Corte, independientemente de la suma concedida a título de reparación del daño biológico y del daño a la salud, antes referida, fijó también en \$ 30,000.00 (treinta mil pesos) la indemnización por otro daño a la víctima por ella identificado. La Corte alude, en este sentido, al daño producido por la frustración causada a raíz del accidente en la proyección deportiva de la víctima en una importante institución del fútbol profesional. Al señalar esta indemnización, al Tribunal le resulta probado que "parece evidente que la pérdida de la posibilidad de desempeñarse como jugador profesional de fútbol se presenta como una probabilidad suficiente de

beneficio económico que supera la existencia de un daño eventual o hipotético para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible". Por ello, declara que, "habida cuenta de las circunstancias del caso, parece oportuno fijar en \$ 30,000.00 la pérdida de *chance* que ocasionó la lesión".

Luego de lo expresado por la Corte Suprema en relación "con la frustración que el accidente ocasionó a la carrera deportiva" que la víctima "desarrollaba en una importante institución del fútbol profesional nacional", sustenta la reparación de esta frustración del proyecto de vida "la pérdida de *chance* que ocasionó la lesión". Frente a esta aparente contradicción es dable preguntarse ¿qué es lo que se repara con esta última suma de \$ 30,000.00 fijada por la Corte Suprema: la frustración del proyecto de vida de la víctima o la pérdida de *chances* u oportunidades?

Si bien en la sentencia se determina que dicha suma se concede "por la pérdida de *chance* que ocasionó la lesión", es discutible si lo que afectó a la víctima fue, más bien, la frustración de su proyecto de vida como futbolista profesional. Si nos atenemos a lo expresado en el pronunciamiento de la Corte, a la pérdida de *chances* le otorga una pura connotación económica cuando sostiene que existía "una probabilidad suficiente" de pérdida de "beneficio económico". Frente a esta afirmación nos preguntamos si es sólo la pérdida de una oportunidad o *chance* de obtener beneficios económicos en el futuro la única consecuencia del daño o es que también se crea en el damnificado un cierto vacío existencial por la frustración de un proyecto o de una vocación personal como futbolista. En este caso, a nuestro parecer se dan, en cierta manera, las dos situaciones, es decir, tanto la pérdida de oportunidades de conseguir beneficios económicos como la frustración de un diseño de proyecto de vida o, como se expresa en la sentencia, "del desarrollo pleno de la vida". En este último específico aspecto el daño causado a la víctima no es sólo económico sino que tiene una más amplia connotación existencial. En cualquier caso, y esto es importante relievarlo, la Corte considera que estos daños no son ni eventuales ni hipotéticos sino actuales, ciertos y resarcibles en su proyección al futuro. En síntesis, a nuestro entender, la frustración que experimenta la víctima no es sólo originada por la pérdida de *chances* u oportunidades de lograr futuros beneficios económicos sino, también, por el truncamiento de un boceto o diseño de proyecto de vida.

Aludimos en precedencia a un boceto o diseño de proyecto de vida en la medida que el actor no había, al momento de producirse el daño, empezado a

desarrollar su proyecto de vida como "jugador profesional de fútbol". Si bien estaba muy cerca de lograrlo, en sentido estricto no era todavía un auténtico y cierto proyecto de vida. Por ello, no es objetable el fundamento de la sentencia al sustentar la reparación en la pérdida de *chance* o expectativa de obtener beneficios. Lo que si criticamos es que dichos beneficios se circunscriban a sólo aquellos dotados de una connotación económica dejando de lado las expectativas existenciales de diversa índole. En síntesis, consideramos que no es objetable identificar la frustración de un boceto o diseño de un proyecto de vida con la pérdida de *chances*, aunque disintamos de la opinión de la Corte en cuanto limita la reparación a sólo probables beneficios económicos.

Aparte de los dos rubros indemnizatorios antes indicados, la Corte fijó en \$ 20,000.00 (veinte mil pesos) la reparación por el daño moral sufrido por Carlos Esteban Kuko. En este caso la Corte se refiere al dolor o al sufrimiento experimentado por la víctima a raíz del accidente así como por la frustración de su futuro como futbolista profesional. Ello, está claro, en la medida que la Corte fijó determinadas sumas a título reparatorio por el daño a la persona representado por la lesión en sí misma, por el deterioro de su salud o bienestar y por la pérdida de *chance* de obtener futuros beneficios que se origina en la frustración de un boceto o diseño de proyecto de vida.

En el pronunciamiento de la Corte se desestima, en cambio, la reparación de un similar daño moral reclamado por los progenitores de la víctima, ya que se indica en la sentencia que "la satisfacción de tal agravio queda circunscrita a la esfera anímica de la propia víctima". Al referirse a la "esfera anímica" la Corte precisa, sin titubeo alguno, el ámbito emocional del llamado daño moral.

Es importante, a propósito de la manifestado en el párrafo anterior, que la Corte Suprema argentina en su sentencia del 12 de setiembre de 1995 distingue, con toda claridad, la relación de género a especie entre el "daño a la persona" y el "daño moral". Es por ello que considera que tanto el daño biológico, es decir, la lesión en sí misma, como el daño a la salud y la pérdida de *chance* o frustración de un "desarrollo pleno de la vida" son voces que, al igual que el denominado daño "moral", son especies del género "daño a la persona". Lo que es objetable es que al dolor o sufrimiento se le siga designando como daño "moral" cuando, en tanto daño emocional o violatorio de un estado anímico, es un daño síquico que afecta la salud de la víctima. En otros términos, la lesión a la esfera emocional del síquismo del actor produce como resultado un daño a su salud que se

manifiesta en una alteración de su “estado anímico” o, más precisamente, emocional.

En el sentido anteriormente señalado nos complace comprobar cómo la jurisprudencia argentina dejó de identificar “daño a la persona” con “daño moral”, dando la razón a un sector de la doctrina que ha venido abogando, con sólidos argumentos, por eliminar el error que ha sido superado por la Corte Suprema de la Argentina. Esperamos esperanzados que la jurisprudencia nacional, cuando exista a plenitud, adhiera a esta posición.

Finalmente, el Tribunal contempla el resarcimiento del daño a la persona con consecuencias patrimoniales al resarcir el daño emergente reclamado por el actor y que está representado tanto por la pérdida de efectos personales ocurrida en los momentos que siguieron al daño sufrido como los gastos comprobados que tuvo que cubrir la víctima a raíz de su hospitalización. En este sentido se fija a título indemnizatorio la suma de \$ 5,500.00 (cinco mil quinientos pesos argentinos).

Como se aprecia de lo sintéticamente glosado en precedencia, la Corte Suprema tuvo en consideración al momento de valorar y liquidar el daño a la persona la autonomía que para efectos reparatorios tenían los daños de consecuencias extrapatrimoniales - como el daño a la salud, el daño al proyecto de vida o pérdida de “*chance*” y el daño moral- de las consecuencias específicamente patrimoniales, como es el caso del daño emergente. En total, la Corte Suprema, al sumar las cantidades señaladas como reparación por los diversos daños que apreció independientemente uno de otros, fijó en \$ 85,500.00 (ochenticinco mil quinientos pesos argentinos, equivalentes a igual suma en dólares) el monto de la indemnización global a pagar a la víctima por los agentes del daño.

De lo expuesto se aprecia fácilmente cómo en la sentencia que hemos glosado se valoriza, tanto de modo sistemático como independientemente, los diversos daños a la persona que pueden ocasionarse a la persona y que, con anterioridad, no se solían distinguir con la relativa precisión que lo hace, en este caso, la Corte Suprema de la República Argentina, así como la distinción entre los alcances conceptuales del “daño a la persona” y del denominado “daño moral”. Es de suma importancia para lograr una mejor decantación de las diversas voces que integran el daño a la persona, el que la Corte haya circunscrito en la sentencia el daño moral a su verdadera dimensión conceptual, es decir, a la de *pretium doloris*, entendido éste como dolor o sufrimiento. No otra cosa es la alteración

que advierte la Corte en la “esfera anímica de la víctima” y que nosotros precisamos como un daño emocional.

b. Caso “Raad, Yamile Viviana contra Adrián Favio De Rosa”

Es importante traer también a colación, por su interés, el caso “Raad, Viviana Yamile contra de Rosa, Adrián Favio sobre daños y perjuicios” cuya ejecutoria tiene como fecha de expedición el día 26 de setiembre de 1994.

Yamile Viviana Raad, de 28 años de edad, fue víctima de un accidente de tránsito ocasionado por el demandado Favio Adrián De Rosa. A consecuencia del mismo la actora, como consta en el expediente, “sufrió heridas cortantes en el rostro, las que dejaron como secuela múltiples cicatrices, que aunque no despiertan horror, si alteran la armonía del rostro”. En la demanda se señala que la víctima ha sufrido una lesión en su esfera síquica lo “que le dificulta ejercer su trabajo, mantener una buena relación familiar y enfrentar las situaciones de la vida cotidiana”. Con la descripción de las consecuencias generadas por las lesiones somáticas y síquicas se está aludiendo, aunque sin nombrarlo expresamente, al daño a la salud que, como se ha remarcado, compromete el bienestar de la persona. A todo lo antes indicado se agrega el costo del tratamiento terapéutico, el daño estético y el daño moral inferido. Pero, además, y esto es importante apuntarlo, en el alegato se menciona que todos estos daños lesionan el proyecto de vida de la actora.

Como se ha apuntado, aunque no se le señala con este nombre, la salud o bienestar de la actora se vio seriamente afectada, lo que se pone de manifiesto en la demanda cuando se manifiesta que la alteración experimentada por la actora ha repercutido en “su vida social, ya que no muestra interés en salir, en arreglarse, aunque sea para salir a caminar”. Resulta elocuente la depresión que sufre, la que la aísla de los demás, inclusive de su propia familia. Según los peritos la damnificada presenta un “síndrome depresivo reactivo que guarda relación de causalidad con el accidente”. Ello, como se sostiene en el alegato, implica un “compromiso de todas las áreas de su personalidad”. Son frecuentes las crisis de llanto, los estados de ansiedad y la falta de autonomía. Se advierte una carencia de voluntad, un deseo de no hacer nada, un estado de abandono. Se indica, además, que por causa de la situación anímica y física en que quedó después del accidente, la actora perdió a su novio, lo que se refleja en una alteración de su estado emocional, así como también perdió el

trabajo que venía desempeñando, lo que repercute en el mantenimiento del hogar.

En la sentencia de primera instancia, de 11 de abril de 1994, se señala que “la indemnización por incapacidad no debe ser determinada mediante cálculos actuariales y rígidos porcentajes proporcionales a la posible disminución de la aptitud laboral, sino que es menester en cada caso apreciar las particulares circunstancias que permiten determinar la cuantía del resarcimiento”. Al hacer referencia a la jurisprudencia el juzgador indica que debe desecharse el tipo de cálculo que parte de la base de la probable vida útil del afectado, debiendo tomarse un criterio más flexible que tienda, como está dicho, a las circunstancias propias de cada situación, máxime que no hay que olvidar que la indemnización por incapacidad debe establecerse no sólo en función del aspecto laborativo sino de **todas las actividades** del sujeto y de la proyección que la secuela del infortunio tuviese sobre la personalidad integral de quien la sufre”. Esta importante afirmación se inserta dentro de la línea de pensamiento que ha desestimado, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, que la indemnización por daños a la persona se establezca en función de la renta o riqueza producida por el agraviado sino que, por el contrario, para este efecto se debe tener en cuenta al ser humano integral, ya fuere éste un desocupado, una ama de casa o un anciano.

En la sentencia de primera instancia se considera como probado el hecho de haberse producido lesiones de carácter somático -que se describen como “graves heridas en su rostro”- como lesiones síquicas a las que se refiere como “un cuadro de neurosis depresiva”. Con esta alusión el juzgador identifica la existencia de un daño biológico, o sea, las lesiones en sí mismas. Simultáneamente hace referencia a la repercusión de tales lesiones en el bienestar de la persona, produciéndose de este modo un daño a su salud. Al referirse la sentencia tanto a “todas las actividades del sujeto” como “a la proyección que la secuela del infortunio tuviese sobre la personalidad integral”, se identifica, por consiguiente, y aunque no se exprese con estas palabras, el daño a la salud o bienestar de la víctima.

Pero, debemos entender también que bajo el impreciso concepto de “posibilidades genéricas” debe comprenderse, aparte de la repercusión de las lesiones en la salud de la víctima, la pérdida de *chances* u oportunidades sufrida por la víctima. Por lo expuesto, con la suma de \$ 40,000.00 pesos se reparan conjuntamente tres diferentes daños como son: el daño biológico, es decir y como se expresa en

la sentencia, “la naturaleza de las lesiones”, el daño a la salud, al que se le refiere como “la proyección de la secuela del infortunio” sobre la personalidad de la víctima; y la pérdida de *chances* o expectativas

En la sentencia de primera instancia se expresa que contemplándose todo lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta la naturaleza de las lesiones, la edad de la damnificada, las condiciones personales y de familia, el grado de incapacidad desde el punto de vista de las posibilidades genéricas, el juzgador establece como indemnización la suma de \$40,000.00 (cuarenta mil pesos equivalente a igual suma en dólares)”.

En la sentencia se reconoce además que, de conformidad con la pericia actuada, se ha producido una lesión de orden síquico y que la actora “para poder metabolizar esta situación traumática o aunque sea para que esa perturbación no se agrave, requiere tratamiento psicoterapéutico”. Se señala que la duración de este tratamiento dependerá de la evolución que experimente la paciente, estimándose para ello un tiempo aproximado de entre uno y tres años. Para el efecto de cubrir este específico daño derivado del accidente el juez fijó la suma de \$ 8,000.00 pesos, la que se consideró como “una cantidad única para un tratamiento que se ha de prolongar en el tiempo”.

Cabe preguntarse qué tipo de daño se trata de indemnizar con la cantidad de \$ 8,000.00 pesos que fija el juez. Se nos ocurre que no se trata de reparar la lesión síquica, considerada en sí misma, ni su repercusión en la salud de la víctima, en la medida que ambos extremos ya han sido reparados al fijarse la suma de \$ 40,000.00 pesos a la que se ha hecho referencia. Por consiguiente, consideramos que en este caso se trata de resarcir un daño emergente, que consiste en el desembolso que ha de hacer la actora en el futuro para pagar el tratamiento sicoterapéutico al que necesariamente será sometida.

En la sentencia se establece como indemnización por el daño moral la suma de \$ 10,000.00 (diez mil) pesos. Ello, en “atención a los sinsabores, perturbación e incertidumbre por las lesiones sufridas y por las eventuales consecuencias que de ellas podrían derivarse”. Esta voz permite que tomemos conciencia, tal como lo hemos apuntado, que en el Derecho vivo se distingue cada vez con mayor precisión el daño moral del daño a la persona, en tanto el primero se refiere o compromete tan sólo a la esfera emocional del ser humano. Así se ha comprendido en el fallo glosado desde que el daño a la persona se repara con la suma de \$ 40,000.00 pesos y el daño moral con la que se acaba de señalar.

Aunque en la demanda se señaló que se había truncado el proyecto de vida de la accionante, este extremo de la reclamación no fue acogido en la sentencia. Aunque en el fallo nada se dice sobre este pedido, es de suponer que, si el juez lo advirtió, no lo consideró en tanto la víctima, que se desempeñaba como una empleada administrativa, no pudo probar fehacientemente que tenía un específico proyecto de vida en acto, el mismo que se había frustrado a consecuencia del hecho dañoso. Somos de la opinión que el daño producido a la reclamante se refiere más bien a la pérdida de oportunidades o *chances* en la vida de la reclamante. Y también si en la sentencia nada se dice sobre este daño, estimamos que él está comprendido en la expresión “posibilidades genéricas” utilizada por el juez. Entendemos que estas posibilidades genéricas, proyectadas al futuro, se traducen en la pérdida de expectativas existenciales, tanto de orden patrimonial como personal.

Por lo expuesto, haciendo lugar a la demanda entablada, el juez condenó a los agentes del daño a pagar a la actora la suma total de \$ 58,000.00 pesos argentinos. En esta suma total se incorporan las diversas cantidades fijadas como reparación por los diversos daños a la persona que fueron puestos de manifiesto por el juzgador.

El Tribunal Superior aumentó la reparación establecida para el daño biológico, tanto somático como síquico, y para el daño a la salud a la suma de \$ 50,000.00 pesos. Con esta cantidad la Corte indemnizó “las lesiones sufridas” y la proyección que tal incapacidad tiene sobre la personalidad integral de la actora, incluyendo el daño estético.

El Tribunal identifica el daño biológico de orden síquico como una lesión consistente en “un síndrome depresivo reactivo, cuyo estado constante y en continua evolución compromete áreas de su personalidad (de la víctima) con detrimento en la esfera intelectual, mnésica y de sensopercepción manifestándose específicamente en conductas fóbicas, vacilantes y de aislamiento y depresión, estados de ansiedad y falta de autonomía, todo lo cual implica una importante dificultad para ejercer su trabajo, mantener una buena relación familiar y enfrentar las situaciones que la vida cotidiana plantea”. En la descripción transcrita la Corte no sólo se refiere a la lesión síquica, considerada en sí misma, sino a sus consecuencias en la salud de la víctima.

En el pronunciamiento se aumenta también el monto de la reparación fijada en primera instancia estableciéndose ésta en la suma de \$ 15,000.00 pesos,

cantidad que cubre los gastos de un tratamiento sicoterapéutico “que ha de prolongarse en el tiempo”. Es decir, se reitera en este rubro que concierne al resarcimiento de un daño emergente cierto que se proyecta al futuro.

Se eleva, asimismo, a \$ 18,000.00 pesos la suma fijada para reparar el daño moral. La Corte señala que con esta indemnización se hace referencia a un daño “que se manifiesta a través de los padecimientos y molestias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial de la accionante”. En la sentencia se lee que para determinar la cuantía de esta reparación “el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima de la reclamante, para luego transformarlo en una reparación en dinero (...) que de alguna manera supla o compense el desmedro producido y el consiguiente trastorno espiritual”.

Es de interés anotar que al referirse al mal llamado daño “moral” la Corte comprende dentro de este concepto jurídico sólo el “dolor” que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima de la persona. A este específico daño se debe la reparación fijada en \$ 18,000.00 pesos, ya que el daño a la persona, excluido este daño moral, se indemnizó con la suma de \$ 50,000.00 pesos, como se ha señalado en precedencia,

Como se ha apreciado, la Corte modificó la sentencia de primera instancia elevando la indemnización total a la suma de \$ 83,000.00 pesos.

La sentencia que hemos glosado marca ya una definida corriente en cuanto a la distinción de los conceptos de daño a la persona y de daño moral, aunque no se ha logrado aún integrar sistemáticamente este último daño síquico en el lugar que le corresponde dentro del genérico concepto de daño a la persona. La sentencia tiene el mérito, a pesar de algunas imprecisiones sistemáticas, de indemnizar de modo autónomo los diversos daños a la persona aunque no los identifique plenamente con la nomenclatura que hemos propuesto.

c. Caso “MM contra el Hospital Privado Rosalía de Lavalle de Morales Macedo (ex Clínica Hogar de la Madre)”

Nos referimos, por su particular interés, a una reciente sentencia dictada en el Perú, la que denota algunos signos precursores de un cambio de mentalidad en el juzgamiento de los daños. En este caso, los progenitores de la menor MM interponen,

por su propio derecho y en representación de su hija, demanda al "Hospital Privado Rosalía Lavalle de Morales Macedo (Ex-Clinica Hogar de la Madre)" en concepto de daños y perjuicios causados a dicha menor.

En el mencionado Hospital nació la menor MM. Al séptimo día de este acontecimiento, en la etapa post-parto, la niña presentó un cuadro febril, irritabilidad, hiporexia con tendencia al sueño hipoactivo, lo que se agrava con convulsiones con marcada focalización en el miembro inferior izquierdo. Ante esta situación el nosocomio demandado, después de tres días de presentado el cuadro anteriormente descrito, decidió el traslado de la niña al Instituto de Salud del Niño. Luego de los exámenes y análisis practicados en este establecimiento de salud se le diagnostica, en lo fundamental, de padecer una meningoencefalitis, con absceso cerebral y con síndrome convulsivo, todo lo que es ocasionado por sepsis neonatal.

En el diagnóstico en referencia se concluyó que la meningitis encefálica fue adquirida por la menor en el Hospital demandado "por no estar debidamente desinfectado o aséptico" el ambiente donde se produjo el parto y la rehabilitación de la citada menor. Se señala, así mismo, que el absceso cerebral ha dejado huellas visibles en el centro regulador nervioso y psicomotor que puede originar problemas de parálisis de ciertas partes del cuerpo.

En la demanda se precisa que ha habido un daño a la persona de la menor MM desde que "se ha anulado un proyecto de vida" ya que las deficiencias psicomotrices de la víctima le restan alternativas para poder optar en un futuro por "las cosas que quiso ser". Así, no podrá realizar algunas actividades artísticas o deportivas no obstante que pudiera tener aptitudes para estas actividades. Ello, aparte de que se limitará su vida normal y ordinaria, ya que tendrá dificultades para su educación y socialización y, tal vez, se frustré su proyecto de vida conducente a formar una familia. De ahí que no podrá realizarse como mujer y ha de encontrar muchas trabas para conseguir un espacio en la sociedad. Se limitará en su vida laboral, afectiva, social y familiar lo que probablemente conducirá a la menor a sufrir, a deprimirse, a retraerse. Se han de sacrificar en su vida placeres y satisfacciones.

En la sentencia, al acogerse la argumentación de la demanda y evaluarse los informes y peritajes médicos presentados, se declara que se ha producido un daño a la menor y a sus progenitores. En el fallo se precisa también "que el daño a la persona conforme lo define la doctrina imperante, es aquel que genera la anulación de un proyecto de vida, la

que en este caso se ha reconocido y acreditado haberse producido, ya que conforme a los reportes médicos, la historia clínica correspondiente, así como de la propia literatura científica cuando detalla sobre las consecuencias de una meningo-encefalitis, que ataca al sistema nervioso central y origina rasgos irreversibles a nivel psicomotriz, así como también a nivel de la percepción y capacidad cerebral, originando una serie de limitaciones que perturbarán su normal adaptación y sociabilidad así como el desarrollo de su personalidad en los diversos planos de la vida personal, afectiva y social, y a su vez también origina un grave daño moral a los padres de la menor por las expectativas que son naturales en todo padre con respecto a su descendencia, y más cuando está frente a las circunstancias que se oponen al normal desenvolvimiento de su hija que no es posible remover".

Se expresa en la sentencia que se debe agregar que se ha producido un daño material en relación con el proceso de rehabilitación y tratamiento con cuidados especializados y constantes que por su culpa ha originado el Hospital demandado.

Al declararse fundada la demanda se ordena que el Hospital demandado cumpla con abonar a favor de los demandantes padres de la menor MM la suma de US\$ 12,000.00 (doce mil dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional en concepto de indemnización por daños y perjuicios incoados.

El fallo que sintéticamente hemos glosado permite apreciar como en el Perú, al igual que en otros lugares, el concepto de daño a la persona ha dejado el mundo de la doctrina, donde se forjó, para concretarse en el Derecho vivo, en la jurisprudencia. Este reconocimiento es muy positivo en cuanto a través de él se comienza a tener en cuenta, a nivel jurisprudencial, el valor de la vida humana y todo lo que ella significa y representa para el Derecho. La sentencia, que comentamos se inserta dentro de una concepción humanista de lo jurídico y remarca la preeminencia del ser humano, que es un fin en sí mismo, frente a las cosas, que pese a que son indispensables para él, son simples instrumentos a su servicio.

De otro lado, el reconocimiento de la existencia de un genérico daño a la persona implica que dentro de este concepto se incluye el daño emocional, que no es otra cosa el mal llamado daño "moral" Es así que en la fundamentada sentencia que comentamos no se hace alusión alguna al daño moral y si, más bien, a los daños materiales consistentes en lo "que significa una rehabilitación y tratamiento con cuidados especializados y constantes ...".

Al reconocerse en la sentencia que se ha producido un daño al proyecto de vida se está, implícitamente, sosteniendo que el ser humano es libre y temporal, pues sólo un ser que posee esta estructura ontológica es capaz de proyectar. Es decir, que detrás de la afirmación contenida en la sentencia se descubre la verdadera dimensión ontológica del ser humano, lo que hace que la persona sea la creadora y protagonista del Derecho. No obstante lo expresado, consideramos que en el caso glosado no se ha originado un daño al proyecto de vida, pues por su edad la menor no lo podía aún tener y poner en marcha, sino más bien lo que se ha originado es una pérdida de "chances", es decir, de expectativas y oportunidades de vida futura. Se trata de un daño actual, cierto, que se proyecta al futuro, que es continuo. Consideramos que es éste el daño que se debió reconocer e indemnizar y no un determinado daño al proyecto de vida. A pesar de que estimamos que se ha generado un desenfoque en la apreciación del juzgador, es decisivo para el Derecho, como lo hemos señalado, que se empiece a reconocer la posibilidad, también cierta y actual, de causarse un daño al proyecto de vida de una persona.

Observamos cómo en la sentencia no se han logrado dos precisos objetivos planteados por la nueva tendencia que ha surgido en materia de Derecho de Daños. En primer lugar, comprobamos que en la sentencia no se ha llegado a desglosar cada uno de los daños para indemnizarlos de modo especial. De otro lado, no se ha tomado en consideración los dos posibles daños que se suelen presentar dentro de la voz "daños sicosomáticos" como son el daño biológico, representado por la lesión en sí misma, y el daño a la salud o bienestar integral de la persona.

En el caso que comentamos se ha producido un daño biológico o estático que consiste en la lesión cerebral que se ha causado a la víctima como secuela de una

meningo-encefalitis, así como se ha presentado un daño a la salud o bienestar que ha sido detallado al referirse a la imposibilidad de la víctima a desarrollar plenamente su personalidad como consecuencia de la lesión que se le causó. La menor dañada no encontrará, por ello, el bienestar que toda persona normal es capaz de poseer pues, en su caso, se ha reducido el pleno disfrute de la vida, se le ha negado la oportunidad de realizar diversas actividades, se le hará, tal vez, proclive a la depresión y el aislamiento.

Se advierte también cómo en la sentencia que analizamos no se distinguen tampoco, como sería deseable, las consecuencias extrapatrimoniales generadas por los diversos daños a la persona de aquéllos otros que originan consecuencias patrimoniales. La fijación tan sólo de una cifra global induce a pensar que el juzgador no ha sabido o no ha podido deslindar sistemáticamente todos y cada uno de los daños ocasionados a la víctima para valorarlos y liquidarlos debidamente.

Más allá de los comentarios que nos merece el fallo glosado reiteramos que lo rescatable en él es, de una parte, el reconocimiento de la existencia de un comprensivo y genérico daño a la persona y, específicamente, de un daño al proyecto de vida, y, de la otra, que el daño moral está incluido dentro del concepto de daño a la persona.

Del análisis de las tres sentencias que hemos seleccionado para esta ocasión es alentador observar cómo en la jurisprudencia latinoamericana se ha producido un cambio de suma importancia al abrirse a la reparación del daño a la persona y al comprender dentro de éste genérico concepto al mal llamado daño "moral". Esperamos que con el tiempo se han de superar las imprecisiones advertidas que, a nuestro entender, aún se presentan en el ámbito del Derecho vivo.